

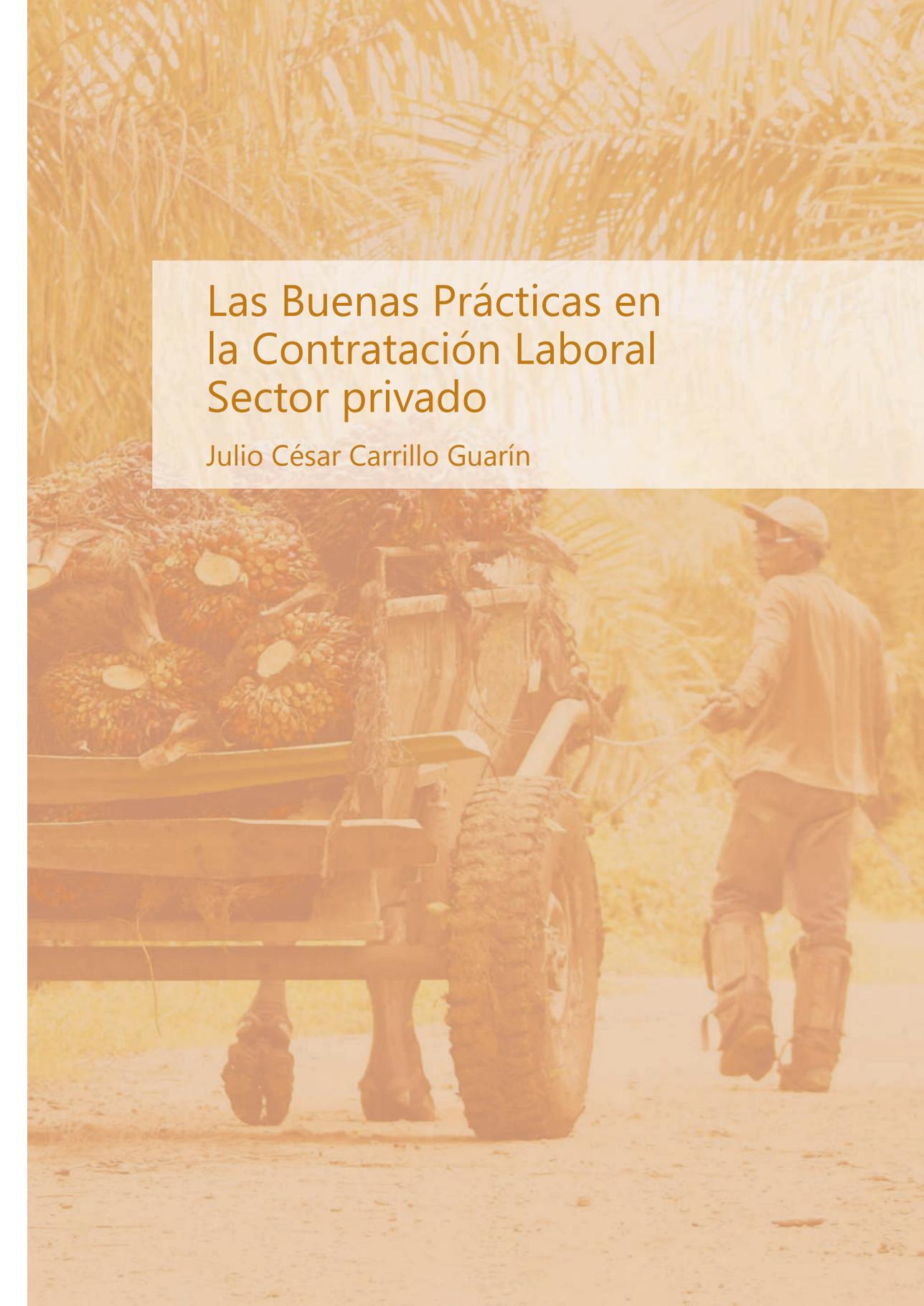
Las Buenas Prácticas en la Contratación Laboral Sector privado

Guía básica. Tomo II

Julio César Carrillo Guarín

Foto: A paso de bufalero. Francisco Eduardo Zornosa Ulloa.
Colección fotográfica Fedepalma



A man wearing a cap and boots is pulling a wooden cart loaded with produce on a dirt road. The background shows palm trees and a bright, sunny atmosphere. The entire image has a warm, orange-toned overlay.

Las Buenas Prácticas en la Contratación Laboral Sector privado

Julio César Carrillo Guarín

Las Buenas Prácticas en la Contratación Laboral
Sector privado
Guía básica. Tomo II

Federación Nacional de Cultivadores
de Palma de Aceite, Fedepalma

Jens Mesa Dishington
Presidente Ejecutivo

Andrea Carolina González Cárdenas
Directora Unidad de Planeación Sectorial y
Desarrollo Sostenible

Myriam Carolina Martínez Cárdenas
Líder Social

Myriam Conto Posada
Secretaria Jurídica

Boris Hernández Salame
Secretario General

Autor
Julio César Carrillo Guarín

Edición de textos
Myriam Carolina Martínez Cárdenas

Bogotá, Colombia



Contenido

Introducción.....	7
Reflexión para seguir caminando	8
Siglas.....	11
I. El trabajo independiente: otra oportunidad para las buenas prácticas en lo laboral	13
A. Recordando principios... ..	14
B. Precisiones relevantes	15
1. La formalización	15
2. La intermediación laboral.....	19
3. El emprendimiento	22
C. La condición de independiente en la realidad.....	23
1. Persona natural o jurídica	24
2. Ejecuta una obra o presta un servicio	24
3. Para un beneficiario.....	24
4. Con autonomía técnica o directiva	24
5. Por un precio determinado.....	28
6. Con sus propios medios	28
7. Asumiendo todos los riesgos	29
D. Solidaridad entre contratante y contratista independiente.....	29
E. Administración de los criterios de apoyo	29
II. Modalidades de trabajo independiente.....	33
A. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA).....	35
1. Precisión inicial.....	36
2. Legitimidad jurídica	37

3. Definición.....	40
4. Características del trabajo cooperativo	41
a. Generales.....	42
b. Especiales.....	42
5. Las CTA y la intermediación laboral	46
6. Criterios prácticos de orientación para contratar con una CTA	49
7. El contrato civil o mercantil	51
8. Las Precooperativas de Trabajo Asociado.....	52
9. Observación fundamental.....	52
B. Las Empresas de Servicio Temporal (EST)	54
1. Precisión Inicial.....	55
2. Definición.....	55
3. Características del servicio temporal	56
4. La temporalidad.....	57
a. Alcances de la temporalidad.....	57
b. La medida de la duración del servicio temporal	58
5. La dinámica laboral dentro del marco de la temporalidad.....	61
6. Consideraciones adicionales respecto del contrato mercantil entre la EST y la usuaria.....	62
C. El contrato sindical.....	64
1. Definición.....	65
2. Características	66
a. Generales.....	66
b. Especiales.....	67
3. Observación fundamental.....	68
D. Las sociedades regularmente constituidas.....	69
E. El trabajador independiente	70
F. Recapitulando... ..	73
III. Recomendaciones puntuales a modo de guía básica	75
A. Desde lo cualitativo laboral	76
1. Promueva realidad:	76
B. Desde lo cuantitativo o técnico laboral	79
Reflexión final para continuar el camino	85

Introducción

Como parte de nuestro compromiso para apoyar el desarrollo de una palmiticultura sostenible, Fedepalma pone a su disposición el segundo tomo de la Guía de Buenas Prácticas en la contratación laboral, cuyo foco son los trabajadores independientes del sector privado.

El primer tomo de esta cartilla fue entregado en septiembre de 2015 y tuvo su enfoque en los trabajadores dependientes, haciendo énfasis en la relación laboral, sus requisitos y algunos consejos para lograr que esta se desarrolle de manera exitosa.

A través de este segundo tomo buscamos fortalecer su conocimiento sobre la contratación de terceros independientes para la realización de un servicio, uno de los asuntos que más ha generado confusión. Contrato que no genera vínculo laboral.

Este texto parte de recordar los dos principios fundamentales en la contratación laboral como son el de la Primacía de la Realidad y el de Favorabilidad, de tal manera que haya claridad en los momentos en los cuales se constituye o consolida una relación laboral.

También, se aclaran conceptos relativos a la formalización laboral, tales como: la intermediación laboral y la tercerización, los cuales han generado debates en su interpretación jurídica; y se profundiza en las figuras permitidas para contratar a terceros, como son: Cooperativas de Trabajo Asociado, empresas de servicio temporal, contrato sindical y sociedades regularmente constituidas.

Con estos elementos esperamos que esta colección contribuya al trabajo decente en el sector palmero y a las buenas prácticas en materia laboral, creando escenarios para que la agroindustria mantenga su propósito de ser un buen lugar para trabajar.

Damos las gracias al Dr. Julio Cesar Carrillo, quien nuevamente pone a nuestra disposición su conocimiento y experticia para contribuir a este gran objetivo.

Jens Mesa Dishington
Presidente Ejecutivo
Fedepalma

Reflexión para seguir caminando

Cuando se piensa en el trabajo, más que en un contrato se debe pensar en oportunidades para crecer, para desarrollarse, para permitir que nuestra condición humana, signada por la libertad, incursione en caminos en los que la aspiración natural de ser felices nos sitúe ante un universo de posibilidades en el que tejiendo con otros seres humanos de naturaleza similar y, a la vez, diversos en su manera de ser, en sus competencias y habilidades, en sus virtudes y defectos, sea posible configurar una trama de relaciones, ensortijadas en el anhelo del *bien-estar*.

No obstante, infortunadamente se presentan situaciones en las que el afán cuantitativo del dinero por el dinero hace perder el horizonte esencial de este universo, para transformarse en un campo que, en vez de generar vida, termina siendo tierra propicia para la instrumentalización, la manipulación o la cosificación.

En suma, campo abonado para la supervivencia en condiciones en las que, al entronizarse el egoísmo, se generan consecuencias que terminan creando dolorosas distancias sociales, entre las cuales, tan letal como el desempleo, resulta ser el trabajo en condiciones que semejan “esclavitudes modernas”, al amparo de aspiraciones ideológicas o de grupos, o de poderes o simplemente atrapadas por el afán del dinero o del poder, como si este o aquel compraran la perfección, la inmortalidad o la felicidad.

Por esta razón, al abordar este segundo tomo de la *Guía Básica de Buenas prácticas en la contratación laboral*, es importante recordar lo que decíamos al iniciar el primer tomo, en el sentido de que las *buenas prácticas* en lo laboral están profundamente relacionadas con la generación de valor, en términos de respeto por la dignidad humana dentro de lo normativo, considerado como un instrumento fundamental para apoyar el anhelo humano de hacer del trabajo esa oportunidad dignificante que, a su vez, sea insumo para materializar las libertades básicas que la Constitución Política enmarca dentro del capítulo de los derechos fundamentales.

Hacer memoria de este concepto al iniciar este segundo gran recorrido por el universo de la contratación laboral resulta fundamental para entender que, *más allá de la modalidad de contrato con la cual se materialice la oportunidad del trabajo*, lo verdaderamente vital es que el vínculo normativo y contractual esté guiado por el anhelo de contratantes y contratistas de ser correctos y de hacer lo correcto.

Es en esta perspectiva que resulta contrario a las aspiraciones de humanidad antes reseñadas y, por ende, a las *buenas prácticas*, pensar que solo hay dignidad en el trabajo o trabajo decente si este se materializa en un contrato de trabajo o que ha desaparecido el trabajo independiente por considerarse automáticamente cosificante e indigno.

Cabe retomar lo que puede ser obvio pero que es necesario recordarlo y reflexionar sobre ello:

Lo importante no es la modalidad contractual sino que el vínculo que sustenta la relación de trabajo, sea dependiente o independiente, corresponda a lo que realmente se predica de esa modalidad.

Lo censurable, lo que como personas no podemos aceptar son las simulaciones, la perversidad en la manipulación de las alternativas que ofrece la ley o pensar, por intereses meramente de grupo, que solamente cabe una determinada modalidad de vinculación.

Es por esta razón por lo que, así como el *primer tomo* contiene fundamentalmente una *guía para las buenas prácticas* a propósito del *contrato de trabajo*, en este *segundo tomo* desarrollaremos una *guía para las buenas prácticas*, a propósito del *contratista independiente*, en el entendido de que en cualquiera de los dos grandes caminos para la vinculación del trabajo lo prevalente es que ese trabajo sea vinculado y realizado en condiciones dignas y justas.

Lo anterior no es una mera especulación retórica. En efecto, la Constitución Política en el Artículo 21 clara y expresamente señala el derecho de todas las personas al trabajo digno y decente "en todas sus modalidades", no solo en el trabajo dependiente por la vía del contrato de trabajo, sino también en el trabajo independiente por la vía del contrato de obra o de prestación de servicios.

Con este propósito nuestro viaje por el universo de la contratación independiente abordará en primer lugar la necesaria precisión acerca de lo que en el marco legal vigente significa el trabajo independiente como oportunidad para las *buenas prácticas*; para luego introducirnos en un panorámico recorrido por

las diferentes modalidades que desarrollan válidamente esta institución jurídica, terminando con algunas recomendaciones puntuales a modo de *guía básica*.

De esta manera se actualiza a modo de edición corregida y aumentada lo que sobre esta modalidad de trabajo había desarrollado en la Cartilla Guía rotulada *Gerencia de contratación laboral*, que desarrollé también para Fedepalma y que fue publicada por la Universidad del Rosario dentro de la colección *Textos de Jurisprudencia* (2010); texto este que constituye el insumo fundamental de este segundo tomo.

Siglas

ART	Artículo
CP	Constitución Política
CTA	Cooperativas de Trabajo Asociado
CST	Código Sustantivo del Trabajo
D.	Decreto
DR.	Decreto Reglamentario
EST	Empresas de Servicio Temporal
IBC	Ingreso Base de Cotización
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
L.	Ley
SENA	Servicio Nacional de Aprendizaje
SMMLV	Salario Mínimo Mensual Legal Vigente

Foto: Toro, F. (2012) Yarima,
Colección fotográfica Fedepalma





I. El trabajo independiente: otra oportunidad para las buenas prácticas en lo laboral

I. El trabajo independiente: otra oportunidad para las buenas prácticas en lo laboral

A. Recordando principios...

El camino de la contratación independiente exige también con similar rigor tener en consideración los dos principios laborales de rango constitucional (Art. 53 CP) que pusimos de presente al iniciar el primer tomo de esta *Guía básica*, pues sin ellos se pierde el norte de las *buenas prácticas* sobre la materia y fácilmente se termina incurriendo en simulaciones, en manipulaciones o en prejuicios.

Recordemos... estos principios son:

El de la "*primacía de la realidad*" y el de la "*favorabilidad*".

El primero significa que, en materia laboral, se da prevalencia a lo que ocurre en la realidad frente a lo que se afirme en documentos, especialmente para establecer si hay una verdadera contratación independiente o no.

El segundo, es decir, el de la "*favorabilidad*", complementa el anterior, en el sentido de que si se presentan dudas frente a la modalidad de vinculación, estas deberán resolverse concluyendo que se trata de un contrato de trabajo.

En realidad, se trata de tomar estos dos principios para fortalecer el criterio de los contratantes en orden a evaluar adecuadamente los alcances de la vincula-

ción de una persona natural como dependiente (vía contrato de trabajo) o independiente (vía contrato civil o mercantil de prestación de servicios o de obra).

¿Cuántas veces un contratante termina generando indignidad por vincular a quien debía ser trabajador dependiente como contratista independiente, cuando ni las condiciones de tal vinculación en el terreno de los hechos permiten establecer los criterios verdaderos de independencia?

Igualmente, ¿cuántas veces por similar deficiencia de criterios por parte de algunos grupos o asociaciones o autoridades administrativas o judiciales, terminan proscribiendo sin razón la contratación independiente, en detrimento de las aspiraciones de emprendimiento y de la empleabilidad, al amparo de estigmatizaciones en las que se confunde la validez de esta institución jurídica con el mal uso de la misma, llegando a la conclusión dogmática equivocada, rayan en el fanatismo, de que solo es posible la dignidad y la justicia en el trabajo en el ámbito del contrato de trabajo, es decir, de la contratación dependiente?

B. Precisiones relevantes

Por ello, **antes de incursionar en el análisis de lo que, con base en la ley laboral, puede describirse bajo la denominación genérica de *contratista independiente*, es necesario hacer algunas precisiones que resultan de particular importancia frente a los equívocos que se han planteado en la utilización de términos como "formalización", "intermediación" y, de manera general, "tercerización", pues su inadecuado entendimiento ha generado una verdadera "Torre de Babel" en la que autoridades, empresarios, sindicatos, trabajadores y comunidad en general, han terminado por aplicar esos conceptos de manera diferente, con sentido diverso y perspectivas que, aunque de buena fe, terminan creando una verdadera confusión.**

De esa confusión surgen mitos que han generado un sinnúmero de paradigmas paralizantes, es decir, de mapas o patrones conceptuales que no permiten observar objetivamente esta realidad y que conducen a desestimar la contratación independiente como si esta hubiera desaparecido del universo del trabajo y del ordenamiento jurídico, confundiendo, como se señaló antes, la existencia legítima de instituciones idóneas para esta clase de vinculación, con su utilización indebida.

1. La formalización

El concepto general de formalización nos remite a toda conducta o comportamiento que esté dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico.



Foto: Colección fotográfica Fedepalma

Por tanto, **hay formalización en una actividad cuando quien o quienes la desarrollan cumplen la Constitución y la ley**, entendiendo por esta todas las fuentes formales que la manifiestan, como son las leyes propiamente dichas emanadas del Congreso; los decretos leyes y los decretos legislativos expedidos por el gobierno en uso de facultades conferidas por el Congreso o en estados de excepción constitucionalmente previstos; los decretos ejecutivos y reglamentarios y las resoluciones expedidos por autoridades administrativas y, en algunos casos, el precedente jurisprudencial contenido en decisiones de las altas Cortes, en especial de la Corte Constitucional.

Por ello, **se habla de economía informal para referirse a todas aquellas actividades que están al margen de lo legalmente establecido y no pagan impuestos o no afilian a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social o no cumplen los parámetros normativos que se exigen en materia de licencias o registros**. Ello, sin mencionar las actividades que tienen objeto ilícito pero aparecen cumpliendo las “formalidades”, como una manera de disimular su indudable informalidad estructural.

En fin, **la formalización hace referencia a todas aquellas tareas que se realizan incumpliendo la ley o que se presentan con la forma de lo legal como fachada, pero que en realidad tienen objeto ilícito o desarrollan propósitos contrarios a su destino jurídico**, como ha ocurrido con empresas que abusan del ahorro

privado en su particular beneficio o de aquellas que se prestan para el lavado de activos o el fraude.

Lo anterior, para dejar sentado que la *formalización* no es un tema que se reduce a una especie de pulso entre el contrato de trabajo y la vinculación independiente, sino entre el cumplimiento de la Constitución y la ley o su violación, sin importar la modalidad del vínculo laboral.

Por ello puede haber empleadores en la informalidad que aunque celebran contratos de trabajo no afilian como corresponde hacerlo, no pagan como debe ser, eluden las retenciones en la fuente y los aportes parafiscales. En estos casos, aunque sus trabajadores hayan sido vinculados por contrato de trabajo, hay un alto índice de informalidad.

Así como también, por contraste, puede haber reales contratistas independientes, no solo en calidad de grandes empresas sino también en el taller, en la tienda de barrio, en el predio rural y, en general, en el pequeño negocio, que son verdaderos empresarios que cumplen su deber y generan empleabilidad acatando con mayor exactitud la normatividad.

Sin embargo, a propósito de la expedición de la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010, denominada por ella misma "ley de formalización y generación de empleo", algunos crearon el equívoco de que esta ley lo que promueve es la ecuación: "formalización igual contrato de trabajo", y no "formalización igual cumplimiento de normas".

Quienes han incurrido en este equívoco olvidan que el objeto de esta ley (Art. 1º) es precisamente crear "incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas", es decir, apoyar el emprendimiento y en esta línea es como desarrolla su regulación.

En efecto, de la lectura de su texto se infiere que lo que se pretende es apoyar la creación de pequeñas empresas y el inicio de actividades económicas, consagrando incentivos o fomentando condiciones especiales en materias como el pago de impuestos o de la renta (Art. 4º), de parafiscales (Art. 5º), del impuesto de industria y comercio (Art. 6º) o el cumplimiento de las obligaciones en materia de matrícula mercantil y renovación, facilitando su formalización.

Inclusive dicha ley, por el contrario, en el Artículo 2º, numeral 3º, al definir los tipos de informalidad no se refiere al modo de vinculación de la persona que trabaja (dependiente o independiente) sino al "ejercicio de una actividad por fuera de los parámetros legalmente constituidos, por un individuo, familia o núcleo social para poder garantizar su mínimo vital" (informalidad por subsistencia).



En esta perspectiva, cuando la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en la Recomendación 204 del 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, específicamente en el capítulo I, en el numeral 2º, define la expresión “economía informal”, expresamente señala que esta “hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las *unidades económicas* que –en la legislación o en la práctica- están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto” y aclara que no necesariamente abarca actividades ilícitas.

En suma, *formalizar laboralmente* es cumplir la Constitución y la ley en desarrollo de actividades de trabajo, de suerte que la persona pueda realizarlo en condiciones dignas y justas, **sin importar si la modalidad de vinculación de la misma es dependiente o independiente, mientras sea real.**

De ahí la importancia que tiene, para las *buenas prácticas* en la contratación laboral, tener claridad de criterio, a la luz de los principios laborales de primacía de la realidad y favorabilidad, para saber cuándo hay verdadero trabajo independiente; cuándo hay trabajo dependiente y, en todo caso, en cualquiera de las dos hipótesis, para procurar que las personas estén dentro del marco de lo que establece la ley y tenga la posibilidad de materializar con su esfuerzo el acceso a lo que la misma OIT describe como trabajo decente y la Constitución Política como trabajo digno. Es decir, que el trabajo que realicen materialice *estabilidad razonable, remuneración adecuada y protección social*, sin importar si en la realidad se trata de un independiente o de un dependiente. Solamente por el hecho de ser humano.

Es dentro de este marco conceptual como se debe entender la Ley 1610 de 2003 por medio de la cual “se regulan algunos aspectos sobre las Inspecciones del Trabajo y los Acuerdos de Formalización Laboral”, en razón a que cuando en el Artículo 13 define el *Acuerdo de Formalización* como “aquel suscrito entre uno o varios empleadores y una Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo... en el cual se consignan compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia”, de ningún modo está derogando la contratación independiente real ni esta, con base en dicha ley, pasa a ser considerada automáticamente como una modalidad contraria a la Constitución y al orden jurídico.

Cuando la citada ley establece los objetivos, las condiciones y los efectos de los *Acuerdos de Formalización* con empleadores, está refiriéndose a circunstancias puntuales en las que, por consenso, un empleador reconoce estar vulnerando el principio laboral de la primacía de la realidad, al tener vinculados trabajadores como independientes, cuando en la realidad no lo son y, entonces, ante la multa que ello ocasiona, celebra con el Ministerio el *Acuerdo de Formalización*, para canjear el valor de la multa con vinculaciones contractuales de trabajo “con vocación de permanencia”, en los plazos y condiciones que allí se estipule.

Sin embargo, cuando no se vulnera el principio de la primacía de la realidad y hay verdaderos contratistas independientes, no hay causa para sanción alguna y, por lo mismo, para celebrar esta clase de acuerdos.

En esta perspectiva conviene destacar la reciente expedición del decreto 583 de 2016, el cual al reglamentar de manera complementaria el artículo 63 de la ley 1429 de 2010, antes mencionada, puso de presente que es legalmente viable la contratación independiente, es decir, la vinculación de terceros al contrato de trabajo o, como este Decreto la denomina, *la tercerización*.

Ello, en la medida en que se cumplan las disposiciones legales de orden laboral que sean aplicables a la modalidad de vinculación independiente de que se trate, así tal vinculación tenga lugar para el desarrollo de actividades misionales permanentes; entendidas éstas, según lo explica la norma en cuestión, como las que están directamente relacionadas “con la producción de los bienes o servicios característicos” de la contratante.

En suma, no hay “tercerización” ilegal y por ende hay formalización si se vincula un contratista independiente aun para actividades esenciales del contratante, en la medida en que el contratista al vincular su personal no vulnere las normas laborales vigentes que le sean aplicables.

2. La intermediación laboral

Incluir este concepto en estas *precisiones relevantes* resulta de particular importancia, porque sobre él también se han generado equívocos que ameritan ser aclarados:

- a. En primer lugar, el concepto general básico de intermediación laboral aparece en el Artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el rótulo “simple intermediario” y responde a los siguientes criterios que por su trascendencia resulta oportuno transcribir a continuación:

1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.
2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador, para beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.
3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Esta definición fue reiterada y ratificada para mayor claridad por el Decreto 583 de 2016 al incluirla como parte de las definiciones que este precepto legal contiene.

Del texto antes transcrito se obtienen las siguientes conclusiones:

1. La intermediación laboral no es ilegal.
2. El intermediario lo que hace es servir de contacto entre quien necesita el trabajo dependiente y un empleador. En principio, no es el obligado laboralmente frente al trabajador.
3. **Lo ilegal es presentarse como contratista independiente cuando en la realidad se utilizan locales y equipos del contratante, ya que en virtud del principio de la primacía de la realidad se genera una simulación.**

Lo ilegal aparece cuando en el terreno de los hechos lo que ocurre es que el contratante es el verdadero empleador y el supuesto "contratista independiente" un simple intermediario que, si no declara esa calidad, es decir, si no manifiesta "el nombre del empleador" por quien actúa y, por tanto, su condición de mero contacto, responderá solidariamente con este por las obligaciones laborales a que hubiere lugar.

jurídicamente autorizado e institucional de intermediación legal lo constituye toda la red del servicio público de empleo creada por la Ley 1636 de 2013 y reglamentada por los Decretos 2852 de 2013 y 1508 de 2014 y por la Resolución 2605 del mismo año expedida por el Ministerio del Trabajo; red esta liderada por la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo, adscrita al Ministerio del Trabajo.

- b. En segundo lugar, sin perjuicio de este concepto básico general, que está vigente y constituye la norma básica sobre el tema, hay un caso especial que surgió por virtud de la mención que sobre la materia hizo el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, al referirse a las cooperativas de trabajo asociado, prohibiéndoles hacer “intermediación laboral”, pues esta referencia legal fue desarrollada de manera imprecisa por el Decreto Reglamentario 2025 de 2011, generando un concepto contrario a la ley que reglamentaba y promoviendo extensiones conceptuales confusas, con las que algunas autoridades y grupos de personas han pretendido desconocer la institución jurídica del contratista independiente, a espaldas del citado Artículo 35 CST, como si la puntual interpretación de un decreto para un caso específico dejara sin efecto la norma general regulada en una norma de superior jerarquía como lo es un Código.

A esta particular situación nos referiremos en el aparte destinado a precisar lo correspondiente a la modalidad de contratación independiente que se realiza mediante Cooperativas de Trabajo Asociado.

No obstante es importante precisar que el Decreto 583 de 2016 corrigió este equivoco al recoger los dos criterios establecidos en la norma originaria (Art. 63- L. 1429/10), ilegalmente olvidados por el Decreto Reglamentario 2025 antes citado.

En efecto, lo relevante es que no se simule la contratación independiente generando una debida intermediación y, por ende, una *tercerización* ilegal, que el mencionado Decreto 583 expresamente define al determinar que se configura tal ilegalidad cuando el proveedor o contratista independiente que presta servicios en actividades misionales permanentes del contratante, vulnera al vincular el personal que requiere, las disposiciones legales que sean aplicables a dicha vinculación; caso éste en el cual es importante tener en cuenta la modalidad de contratación independiente de que se trate.

En resumen, si un contratista independiente presta servicios en actividades misionales permanentes del contratante y al vincular el personal que requiere no vulnera normas laborales aplicables, hay una tercerización legal y no hay informalidad a este respecto.

Igualmente, se presenta un aporte a la seguridad jurídica, en la medida en que, al definir el concepto de “proveedor”, aclara que tales contratistas independientes pueden ser sociedades, cooperativas y en fin cualquier clase de persona natural o jurídica.

Aclaración normativa ésta que simplemente ratifica lo que legalmente está vigente en materia de contratación independiente pero evita la confusión que se estaba generando a este respecto, como si el trabajo independiente constituyera una manera de informalidad o un ejercicio del derecho de trabajo ilegal.

3. El emprendimiento

La realidad de la independencia en el trabajo tiene mucho que ver con el emprendimiento.

En efecto, promover contratación independiente real es fomentar empresa, formar empresarios, empoderar personas para que con su creatividad e innovación construyan proyectos económicos dentro del marco de la Constitución y la ley, para incrementar la empleabilidad que se fundamenta no en un dato estadístico de informalidades que generan trabajos de supervivencia, sino de personas que aprenden a actuar dentro del ordenamiento jurídico materializando bondad laboral con su acción y generando para ellos y para las personas que vinculan verdaderas condiciones de dignidad y justicia.

Promover desarrollo empresarial en comunidades discriminadas y en situación de pobreza es capacitar a las personas para que puedan regocijarse de la oportunidad que les concede la vida para *vivirla*, y no para sobrevivirla.

Muchas veces en medio de la dramática situación de informalidad que solemos observar en semáforos y andenes, el ser humano manipulado en ocasiones por unos pocos no tiene el apoyo para desarrollar su capacidad de gestar negocios sostenibles, obtener ingresos razonables, estar afiliado a la Seguridad Social, tener el soporte institucional para educarse y educar a su familia, manteniendo así una reprochable condición de sometimiento social e indignidad.

En fin, lo que se pretende con el emprendimiento es que el ser humano, gracias a las oportunidades que se le conceden se sienta incluido y gratamente realizado por causa de su condición de empresario independiente formalmente organizado como tal.

Por ejemplo,

en áreas rurales que tienen posibilidad de explotación agrícola o de similar tenor, hay campesinos dueños de tierra, resultaría contrario al espíritu

social pretender transformarlos en trabajadores dependientes cuando, de darse las circunstancias, pueden aprender a ser empresarios del negocio que conocen y comprenden mejor que nadie en su propia tierra, generando para ellos asistencia técnica, líneas de mercado, mejoramientos en materia de servicios públicos y vivienda y capacitación en todo aquello que les permita cumplir la ley y tener negocios rentables.

Es lo que podríamos denominar:

¡La verdadera paz cotidiana!

C. La condición de independiente en la realidad

Para evitar equívocos, manipulaciones y simulaciones, con los consecuentes riesgos de todo orden, las *buenas prácticas*, cuando se desea realizar actividades productivas en beneficio de una empresa a través de contratistas independientes, requieren claridad acerca de las características especiales de la contratación independiente que desea materializarse en la realidad.

En esta perspectiva, como se trata de una situación jurídica que depende de la forma como se manejen las circunstancias específicas que le dan origen, la determinación del grado de independencia de una persona para la prestación de un servicio no obedece a un concepto único, matemático, sino que requiere una evaluación de diferentes condiciones situacionales de diverso orden, las cuales no necesariamente deben darse en su totalidad, pues en ocasiones una sola de ellas no es suficiente para determinar la independencia y se requiere que en la realidad se integre con otra u otras.

Con este supuesto básico, formulamos los siguientes *criterios de apoyo* para determinar esa independencia real circunstancial, teniendo como sustento legal lo dispuesto en el Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo que es la norma del Derecho Laboral que define para el sector privado el contratista independiente

y que, además de estar en plena vigencia, constituye una alternativa válida para generar trabajo digno, justo y, por ende, decente.

Según la norma antes citada y desarrollando los mencionados *criterios de apoyo* que describimos como una especie de plantilla básica para evaluar los diferentes casos, un contratista independiente es aquel que reúne esencialmente las siguientes características:

- Persona natural o jurídica
- Ejecuta una obra o presta un servicio
- Hay un beneficiario
- Hay autonomía técnica o directiva
- Por un precio determinado
- Con sus propios medios
- Asumiendo todos los riesgos

A continuación explicaremos con mayor detalle cada una de estas características.

1. Persona natural o jurídica

Puede ser una persona natural o jurídica, es decir, un individuo (persona natural) o una sociedad o una cooperativa.

2. Ejecuta una obra o presta un servicio

La vinculación debe tener por objeto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio material o inmaterial.

3. Para un beneficiario

La ejecución de la obra o la prestación del servicio se hace para otra persona, natural o jurídica, a quien se le denomina contratante, beneficiario o dueño de la obra.

4. Con autonomía técnica o directiva

Esta es la característica realmente diferencial cuya aplicación requiere el mayor cuidado, para que pueda darse una verdadera independencia del contratista.

Se dice que la autonomía **debe ser técnica** porque el independiente debe tener la capacitación que se requiere para conducir con competencia y sabiduría el servicio materia del contrato. Es decir, debe conocer de lo que se trata.

Se dice que la autonomía **debe ser directiva**, porque el independiente debe tener competencia y capacidad para decidir, dirigir, orientar y guiar los procesos esenciales del servicio que presta.

Las autonomías *técnica* y *directiva* adquieren la mayor claridad y aportan una verdadera realidad cuando al prestar el servicio independiente se pueden observar condiciones como las siguientes:

- » **Sus deberes están señalados en el contrato en forma específica, concreta y determinada.**

No está obligado en forma abierta o indiscriminada a recibir en cualquier momento órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o a que en igual situación se le impongan reglamentos.

Ello significa, en suma, que el contratista independiente está fuera del poder disciplinario genérico y ordinario del contratante o beneficiario de la obra.

- » **Debe tener una “base” que confirme las condiciones de autonomía.**

Es posible que alguna clase de servicios autónomos requieran la presencia del independiente en las instalaciones del contratante.

Sin embargo, la independencia de un contratista genera duda cuando este carece de “sede propia” y mantiene como sede única y permanente las instalaciones de su contratante.

En este caso se requiere un referente locativo organizado en forma tal que el contratista pueda acreditar y demostrar, al menos, que tiene un lugar en donde puede ser ubicado o un establecimiento desde el cual maneja los asuntos relativos a su condición de independencia (contabilidad, nóminas, administración).

- » **Como apoyo o contribución al proceso productivo sin entrar en la cadena de la subordinación laboral.**

El trabajador independiente, concepto este que corresponde al contratista independiente persona natural, no debe dar órdenes o ser “jefe” de los

trabajadores dependientes del beneficiario ni recibir órdenes genéricas de estos, especialmente cuando está próximo a las instalaciones del contratante o por razones del servicio dentro de dichas instalaciones.

Un verdadero contratista independiente, en desarrollo de la plena autonomía *técnica y directiva*, solo debe hacer aportes y recibir solicitudes u observaciones estrictamente relacionadas con las específicas y concretas obligaciones que se derivan de la esencia de su servicio y que, en lo posible, deben aparecer claramente pactadas en el contrato civil o mercantil que se celebre.



» **Puede hacer trabajos para otros beneficiarios.**

Por ello, en lo posible, no es prudente pactar la exclusividad.

Lo anterior, sin perjuicio de que la intensidad del servicio vinculado por un contratante no le dé tiempo para ejercer tal libertad, y en tal caso la naturaleza misma del objeto del contrato de obra o de prestación de servicios celebrado será la que permitirá establecer que se trata de una realidad derivada de tal objeto y no de una dependencia laboral.

Esta consideración es importante porque, si bien lo deseable es que el contratista tenga otros contratantes, el hecho de que solamente realice sus actividades para uno solo, es decir, que no tenga sino un solo cliente, no constituya por sí solo un hecho configurante de dependencia, pues siempre hay que mirar integralmente las demás condiciones y características que estamos analizando.

» **Sin horario reglamentario.**

Contribuye a configurar autonomía real la ausencia de horario reglamentario, de suerte que el servicio del independiente no esté relacionado con lo que el contratante genéricamente hubiere dispuesto para sus trabajadores dependientes, sino con las programaciones específicas propias de la esencia del servicio, según lo convenido bilateralmente, las cuales pueden coincidir con dicho horario por razón de la naturaleza del servicio, pero no con el mismo alcance que tiene el horario para quien es trabajador dependiente.



Foto: Toro, F. (2014) Palmas de Tumaco, Colección fotográfica Fedepalma

» **Conmutatividad contractual.**

Finalmente, es de especial importancia tener en cuenta que la relación contractual entre la parte contratante y el contratista independiente es conmutativa.

Ello significa que genera derechos y obligaciones, las cuales dan lugar a un trato equivalente. No es un subordinado laboral. La subordinación que se genera entre contratante y contratista está circunscrita únicamente a las obligaciones estipuladas en el contrato mercantil o civil.

Consecuentemente, el contratante o beneficiario debe tratar al independiente como tal y este, a su vez, comportarse y estar capacitado para actuar como una persona con negocio propio.

Como puede concluirse, esta característica que hemos denominado "*autonomía técnica y directiva*" resulta fundamental para evaluar en la realidad si hay verdadera independencia.

De ahí que, salvo en el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado, que, como se verá, tienen un régimen laboral especial, en los demás el contratista independiente es un verdadero empleador de sus trabajadores, cuando requiere vincularlos para cumplir las obligaciones adquiridas con el contratante y, por tanto, como

empleador debe dar pleno cumplimiento a las obligaciones propias del contrato de trabajo a las que hicimos referencia en el tomo I de esta Guía.

Ello significa que el contratista independiente, por el hecho de serlo, no es un representante del empleador, ni un intermediario, sino una persona que tiene capacidad logística, técnica, directiva y operativa para prestar el servicio que da razón de ser a su actividad, inclusive, vinculando en calidad de empleador a trabajadores dependientes.

5. Por un precio determinado

Esta no es una característica que por sí sola resulte suficiente, dado que si no se dan todas las demás, y particularmente la explicada en el numeral inmediatamente anterior, lo pagado por el servicio puede ser considerado por la ley laboral como salario, pues como lo dispone el Artículo 127 CST, si se llega a establecer que había contrato de trabajo, es decir, que la relación laboral era dependiente, lo pagado al presunto contratista será salario, cualquiera que fuere el nombre que se le diere a dicho pago.

No obstante, ayuda a la configuración circunstancial de independencia real el que, por ejemplo, el precio del contrato incluya a cargo del contratista, total o parcialmente, los costos para llevar a cabo el objeto del contrato mercantil o civil de obra o el de prestación de servicios, y no únicamente el ingreso como contraprestación por el trabajo que se va a efectuar.

En este sentido, si bien en el caso del trabajador independiente esta clase de remuneración suele denominarse “honorarios”, no basta su simple mención formal para considerarla como sustento de una independencia real, pues si no se configuran criterios como los que estamos examinando, la denominación formal de “honorarios” será superada por la realidad y, de ocurrir en el terreno de los hechos que el vínculo de que se trata es dependiente, tal pago se considerará como salario, con todos los efectos que de allí se derivan.

6. Con sus propios medios

Significa que debe procurarse que el independiente realice su actividad aportando, al menos, los elementos esenciales con los que presta su servicio autónomo.

Lo anterior implica determinar qué medios de producción deben facilitársele o exigírsele al independiente para la celebración del contrato civil o mercantil de obra o de servicios.

7. Asumiendo todos los riesgos

Esta es una especial exigencia de la normatividad laboral que establece, para configurar la condición de contratista independiente, una responsabilidad absoluta del contratista respecto del objeto del contrato.

Por ello, en rigor, toda cláusula contractual tendiente a atenuar esta responsabilidad del contratista, especialmente cuando es persona natural, podría generar dudas respecto de su verdadera independencia y, en general, tratándose de contratistas, personas naturales o jurídicas, debe pensarse, aun a costa del contratante en exigir pólizas de responsabilidad.

D. Solidaridad entre contratante y contratista independiente

Cuando el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, es decir, la empresa contratante tenga entre las actividades normales de su actividad o negocio las que son materia del contrato de prestación de servicios o de obra, dicha empresa contratante será solidariamente responsable con el contratista “por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores” del contratista.

E. Administración de los criterios de apoyo

Si en la realidad se configura la subordinación laboral, los hechos desvirtuarán lo que la formalidad de un contrato de servicios o de obra señale y los jueces no considerarán válido dicho contrato. Es decir, se entenderá que, sin importar lo que señale el documento, la relación de las partes se rige por un contrato de trabajo, con todas las consecuencias que de él se derivan y que, por virtud del varias veces mencionado principio de la “primacía de la realidad”, se configura el contrato de trabajo llamado “Contrato Realidad”.

Por ello estos *criterios de apoyo* para evaluar independencia real deben ser analizados y aplicados cuidadosamente, ya que la manipulación formal de un contrato de prestación de servicios que en la realidad termine considerándose como un contrato de trabajo simulado es una práctica incorrecta y puede traer onerosas consecuencias para quienes incurran en ella.

En esta perspectiva, para evitar que los contratos civiles o mercantiles de servicios que se celebren se lleguen a considerar como contratos de trabajo por

virtud de los principios laborales de la primacía de la realidad y de favorabilidad para el trabajador, es necesario que quien vincule contratistas independientes verifique al menos que en la realidad son independientes y para ello, en resumen, es necesario administrar con razonabilidad los criterios expresados, de suerte que en esta clase de contratación laboral la realidad presente un panorama básico de la independencia de dicho contratista.

Este panorama básico deberá, al menos, mostrar hechos como los siguientes:

- Tener sede locativa diferente a los establecimientos u oficinas de la empresa contratante.
- Laborar, al menos parcialmente, con sus propios medios.
- No dar instrucciones como subordinantes a trabajadores de la empresa ni recibirlas como si fueran subordinados dependientes.
- Asumir todos los riesgos del servicio materia del contrato.
- Cumplir las obligaciones que específicamente contenga el citado contrato sin que en dicho contrato se estipulen exigencias abiertas que dan lugar a plantear controversias acerca de un grado de disponibilidad genérico, propio del servicio materia del contrato de trabajo.

A este respecto, de requerirse ampliar los alcances del objeto del contrato con dicho contratista independiente, lo prudente es celebrar un *otrosí* o adición en este sentido.

- No estar, por tanto, en situación de permanente disponibilidad para recibir órdenes “en todo momento” respecto de quienes ejerzan en la empresa contratante la subordinación laboral de sus trabajadores.

Por el contrario, una persona que:

- Celebre un contrato de prestación de servicios o de obra,
- Realice la actividad en instalaciones de la empresa sin sede autónoma identificable,
- Labore con los elementos que la empresa le suministra,

- Esté en disponibilidad permanente para recibir órdenes de trabajadores de la empresa y/o las imparta a otros,
- No asuma los riesgos materia del contrato civil o mercantil celebrado y, además,
- Deba cumplir su tarea, dentro de ciertos límites de tiempo, así no haya horario, y siga directrices generales operativas, técnicas o funcionales abiertas e indeterminadas, **es y será un trabajador dependiente, aunque hubiere celebrado un contrato civil o mercantil de prestación de servicios o de obra;** sin importar que el documento que contenga tal contrato tenga una redacción jurídica exigente, adecuada y correcta y que el presunto contratista hubiere firmado tal documento, en pleno uso de sus facultades, ante notario o por intermedio de una persona jurídica.



Foto: Toro, F. (2014) Cordeagropaz,
Colección fotográfica Fedepalma



II. Modalidades de trabajo independiente

II. Modalidades de trabajo independiente

En este viaje por el universo del trabajo independiente es de esperarse que con lo señalado en el capítulo anterior pueda enriquecerse la comprensión acerca de que las *buenas prácticas* en la contratación laboral, cuando de la independencia se trata, están directamente relacionadas con principios esenciales de transparencia, buena fe y verdad.

Por esta razón, es importante reiterar que la modalidad de contratación independiente constituye una alternativa para desarrollar actividades en las que diariamente estamos inmersos.

En efecto, situaciones del diario vivir como el transporte, la compra o venta de productos, el suministro y distribución de mercancías, el mantenimiento de vehículos, los apoyos que desde las diferentes especialidades terminamos requiriendo en nuestros hogares (electricista, plomero, ebanista, entre otros), la prestación de servicios profesionales en ejercicio de profesiones llamadas liberales (médicos, ingenieros, abogados, etc.), la alimentación en restaurantes o sitios de comida y el suministro de la misma y otras tantas que resultan ser propias del diario vivir, forman parte ineludible del vínculo entre alguien que requiere algo y alguien que de manera autónoma e independiente lo suministra, sin que para ello deba suscribirse contratos de trabajo o estipularse por escrito el respectivo contrato civil o mercantil.

Por esta razón, las *buenas prácticas* en esta clase de contratación laboral están directamente relacionadas con el hecho de que quienes prestan como independientes estas tareas o servicios cumplan la ley para sí y, si en desarrollo de su actividad requieren subcontratar con otros o vincular trabajadores, no incurran en conductas de evasión o simulación o simplemente de ajenidad o alienación frente a sus compromisos como ciudadanos que laboran de manera independiente, ya que de hacerlo terminarían cosificándose unos a otros, en una censurable cadena de indignidad.

Por lo mismo, duele que en muchos casos las autoridades en vez de orientar al independiente para volverlo a la formalidad sin perder su condición, terminen

proscribiéndolo hasta lanzarlo al averno del desempleo o del empleo con apariencia de formalidad.

Duele que en muchos casos, en calles y semáforos, sin amparo de la Seguridad Social y sin real capacitación para la autonomía del negocio propio que realiza o sin el apoyo necesario, terminen confinándolo a una situación de "rebusque", aceptado tácitamente por quienes tienen el deber constitucional de promover empleabilidad digna que no siempre se encuentra en la contratación laboral dependiente.

Teniendo claro este contexto, continuamos ahora nuestro viaje describiendo las modalidades relevantes de la contratación laboral independiente, en orden a permitirnos como contratantes o, si es el caso, como contratistas independientes, dar al vínculo contractual su verdadero sentido para guiar las alternativas empresariales, sin utilizar tales modalidades como instrumentos de simulación o aplicándolas indebidamente, con el efecto legal y social consecuente.

Estas modalidades relevantes de contratación laboral independiente que describiremos a continuación como parte de la Guía Básica, para prevenir su inadecuado tratamiento, son las siguientes:

- A. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA).
- B. Las Empresas de Servicio Temporal (EST).
- C. El contrato sindical.
- D. Las sociedades regularmente constituidas y las sociedades de hecho.
- E. El trabajador independiente.

A. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA)

Con la expedición del Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 expedido para atender las condiciones laborales estipuladas al suscribir el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos y con la creciente manipulación e indebida utilización de esta institución jurídica, surgió para las CTA un clima de absoluta estigmatización.

Tal estigmatización llegó a tal punto que, en el péndulo de los extremos, lo que sigue siendo constitucional y legalmente válido y que por causa de "la moda" de su aplicación llevó a un verdadero huracán de abusos, hoy constituye una modalidad de contratación que en la mirada equivocada de muchos es, por sí sola, indicativa de trabajo indigno y de tierra propicia para la explotación o la

esclavitud modernas, en una clara confusión entre una modalidad legítima de trabajo y el mal uso que se hace de ella.

Por esta razón es necesario, en primer lugar, recordar su naturaleza, la legitimidad jurídica que fundamenta su existencia, en qué consisten, cuáles son sus características y los alcances de la prohibición que el citado Artículo 63 estableció para las CTA en materia de intermediación laboral, para luego desarrollar los elementos que deben tenerse en cuenta al celebrar el contrato civil o mercantil que con ellas se suscriba.

Ello sin olvidar que también continúan vigentes las Precooperativas de Trabajo Asociado, como instrumento de formación para asumir esta clase de emprendimiento sin que ello signifique que se está desnaturalizando el trabajo asociativo.

Por lo anterior, profundizaremos la siguiente información en relación con las CTA:

1. Precisión inicial
2. Legitimidad jurídica
3. Definición
4. Características del trabajo cooperativo
5. Las CTA y la intermediación laboral
6. Criterios prácticos de orientación para contratar con una CTA
7. El contrato civil o mercantil
8. Las Precooperativas de Trabajo Asociado
9. Observación fundamental

1. Precisión inicial

En primer término, es imperativo tener en cuenta, para no incurrir en un abuso o manipulación de esta modalidad de contratación laboral, que el trabajo cooperativo es ante todo una *cultura*, es decir, un modo de ser y de actuar en el que las CTA deben ser verdaderas empresas y quienes forman parte de ellas **deben ser verdaderos empresarios y sentirse como tales.**

La anterior consideración tiene por finalidad llamar la atención del lector acerca del hecho de que, aunque el texto del contrato de servicios o la oferta comercial que se celebre con las CTA se encuentren formalmente correctos, perderán su

sentido y generarán los efectos sancionatorios establecidos en la ley si en la realidad no se fomenta y se materializa tal cultura.

Las *buenas prácticas* en materia de CTA, es decir, la materialización de lo correcto, adquiere particular relevancia por causa del hecho innegable del abuso de que fueron objeto por parte de quienes, sin criterio, sin ánimo de capacitar empresarios y fomentar emprendimiento, simplemente utilizaron la institución jurídica o bien para hacer negocio con ella o bien para eludir el cumplimiento de relaciones laborales propias del contrato de trabajo.

Las CTA no son un camino para eludir trabajo digno y justo, sino una alternativa para materializar contratación independiente que permite a seres humanos organizarse como empresarios y sacar adelante sus aspiraciones de realización a través de negocios rentables y competitivos, que permitan el desarrollo de sinergias productivas, en las que muchas personas dispersas y sin esperanza de empleabilidad o en estado de indefensión permeable a la explotación, logran integrar sus potencialidades para materializar sus proyectos.

Por lo mismo, no es correcto confundir el mal uso de esta modalidad de contratación laboral independiente con su legitimidad jurídica.

Tampoco se trata de defender o atacar la institución jurídica de la CTA, sino de dar a esta su verdadero sentido y naturaleza como lo exige el principio laboral, tantas veces mencionado, pero igualmente muchas veces olvidado, de la *primacía de la realidad*.

2. Legitimidad jurídica

En efecto, aunque pareciera obvio, ante los equívocos y confusiones que se han presentado es menester reiterar que la CTA es una alternativa legítima para materializar trabajo digno; que se encuentra jurídicamente vigente y, por tanto, que el hecho de vincular a una CTA no está prohibido ni constituye una ilegalidad.

Pensar lo contrario sería tanto como concluir que el contrato de compraventa es, por sí solo, algo negativo porque a una persona le vendieron un producto de mala calidad o bajo engaño, o que el derecho de asociación sindical es contrario a la generación de buen vivir laboral porque hay algunos que lo ejercen pensando más en su propio beneficio que en el de la colectividad laboral.

Por esta razón es importante tener en cuenta el marco jurídico dentro del cual se debe desarrollar hoy en Colombia la cultura del trabajo cooperativo:

- a. Desde el punto de vista constitucional destacamos, entre otros, los siguientes preceptos que de manera directa hacen referencia a esta cultura:
- El Artículo 1º, según el cual “Colombia es un Estado social de derecho... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la **solidaridad...**”
 - El Artículo 25, según el cual “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, **en todas sus modalidades,** de la especial protección del Estado”.
 - El Artículo 58, según el cual “el Estado protegerá y promoverá las **formas asociativas y solidarias**”.
 - El Artículo 333, según el cual “el Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”.

- b. Desde el punto de vista legal, el marco jurídico básico que desarrolla la legitimidad jurídica de las CTA aparece en las siguientes disposiciones, sin perjuicio de que en el futuro estas sean complementadas, reglamentadas o modificadas, pero con la certeza de que, como hay una base de su existencia plasmada en la Constitución Política, mientras no se modifiquen normas constitucionales como las antes descritas no será posible excluirlas del ordenamiento jurídico, es decir, prohibirlas.

Estas disposiciones básicas de orden legal y reglamentario son las siguientes:

- La Ley 79 de 1988, sobre legislación cooperativa.
- El Decreto 4588 de 2006, que reglamenta la organización y el funcionamiento tanto de las CTA como de las Precooperativas de Trabajo Asociado.
- La Ley 1233 de 2008, que reguló las obligaciones de las CTA con el Sistema de Seguridad Social y en materia de contribuciones parafiscales, es decir, de aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a la Caja de Compensación

Familiar que se seleccione, precisando al final las condiciones de la CTA para contratar con terceros, como ya lo había hecho el D.R. 4588/06 antes citado.

- La Ley 1429 de 2010, que al regular la “formalización y generación de empleo” complementó las anteriores disposiciones, haciendo una mención específica de las CTA, al final de la misma (Art. 63), reiterando lo que el Decreto 4588 de 2006 ya había establecido, en el sentido de prohibir a las CTA actuar como intermediarios laborales.

Esta disposición del año 2006 contenida en el Decreto 4588, a su vez fue reiterada por la Ley 1233 de 2008 antes citada, concretamente en el Artículo 7º, numerales 1º y 3º, que expresamente prohíben a las CTA “actuar como empresas de intermediación laboral” (num. 1º), consagrando expresamente el efecto de vulnerar esta disposición, en el sentido de que si ello llegare a ocurrir, tanto el contratante como las CTA “serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado” (num. 3º).

Los citados Artículos 3º de la Ley 1258 de 2008 y 63 de la Ley 1429 de 2010 fueron reglamentados por el Decreto 2025 de 2011, que debe ser interpretado en su real naturaleza de decreto reglamentario de las leyes antes mencionadas y que, por lo mismo, no tiene poder jurídico para derogarlas y mucho menos la Constitución Política.

Lo anterior, en razón de que su contenido ha generado no pocas confusiones y ha dado lugar a extensas precisiones de orden jurídico. Confusión esta que también ha terminado afectando en muchos casos a las propias autoridades del trabajo.

Afortunadamente, como lo explicamos en el aparte inicial rotulado “*precisiones relevantes*”, con la expedición del Decreto 583 de 2016 que reguló la “inspección, vigilancia y control sobre la *tercerización* laboral”, se precisó que un proveedor puede ser una cooperativa y se retomó lo que el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 dispuso en el sentido que de lo que se trata es que las Cooperativas de Trabajo Asociado cumplan las disposiciones laborales que le son aplicables.

A este respecto, conviene tener en cuenta desde ahora que, para la vinculación de los trabajadores asociados a una CTA, la norma laboral vigente es el régimen de trabajo contenido en sus propios estatutos, aprobado por autoridad competente y, solamente en el caso excepcional en el que la CTA llegare a vincular

para su funcionamiento trabajadores que se rijan por el Código Sustantivo de Trabajo, y solo en este caso excepcional, deberá aplicar a los asociados como normal laboral vigente esta normatividad.

Cabe recordar que esta excepcionalísima situación proviene, así expresamente consagrada, de lo señalado en el inciso 2º del citado artículo 63 de la ley 1429/10 pero no puede considerarse, para los efectos de determinar las disposiciones laborales aplicables, como la regla general que corresponde a su régimen de trabajo, contenido en los respectivos estatutos.

De esta manera, se ratifica aún más lo constitucional y legalmente vigente respecto de la legitimidad de las CTA y la necesidad de no manipular esta modalidad de contratación independiente para vulnerar su naturaleza o afectar derechos que se regulan por vinculaciones contractuales dependientes.

Comprender el valor del panorama normativo antes descrito resulta de particular trascendencia para las *buenas prácticas* laborales en la conformación de CTA o en la vinculación de estas y, es a partir de esta comprensión como adquieren sentido las CTA y la importancia de tener claridad suficiente acerca de lo que significan y de las características que les son propias, dentro del ámbito claramente formal y legal de esta clase de entes asociativos; ámbito este de indiscutible aceptación universal.

3. Definición

Cuando en 1988 la Ley 77 actualizó la legislación cooperativa, puso de presente al sector cooperativo “como parte fundamental de la economía nacional” (Art. 1º), declarando “de interés común la promoción, la protección y el ejercicio de cooperativismo como un sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia, a la equitativa distribución de la propiedad y del ingreso” y, en general, a su regulación “en favor de la comunidad y, en especial, de las clases populares” (Art. 2º).

Según dicha ley, una *cooperativa* es una

empresa asociativa sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. (L. 79/88, Art. 4º).

Tener el contexto precedente es importante para comprender que el cooperativismo forma parte de la búsqueda para fortalecer, como lo reitera la citada Ley 79/88, “la solidaridad y la economía nacional” (Art. 1º- 3.).

Hay diferentes clases y tipos de cooperativas y a todas ellas aplican las características y prohibiciones generales que consagra el régimen cooperativo. (L. 79/88, Arts. 5º y 6º).

Entre estos tipos de cooperativas se encuentran las de Trabajo Asociado y a ellas se refiere el Artículo 70 de la Ley 79/88 de manera específica, como las que “vinculan el trabajo personal de los asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios”.

La definición integrada del concepto general de *cooperativa* con la diferencia específica propia de la Cooperativa de Trabajo Asociado (CTA), aparece claramente enunciada en el Artículo 3º del Decreto 4588 de 2006 que consecuentemente las define así:

Organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al Sector Solidario de la Economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de sus actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Con esta definición se recupera la noción acerca de que las CTA se encuentran dentro de un contexto mayor que responde a una cultura empresarial consagrada en la Constitución Política y en la ley, cuyo fomento es deber del Estado y cuyos principios deben ser practicados en desarrollo del derecho de asociación para generar capital social, con sustento en la solidaridad y como expresión del derrotero que señala una democracia participativa.

4. Características del trabajo cooperativo

De la definición anterior se obtienen unas características generales, que a su vez han sido desarrolladas de manera especial en las normas que se han expedido con posterioridad al año 1988 y a las cuales hicimos referencia en el numeral 2 que antecede.

Estas características constituyen los criterios sustanciales para prevenir el uso indebido de las CTA con el consecuente efecto negativo sobre la pretensión de generar con ellas formalización laboral y, por ende, *buenas prácticas*.

a. Generales

- » Son empresas asociativas.
- » No tienen ánimo de lucro.
- » Las personas naturales que las integran son asociadas que contribuyen como gestores con su trabajo personal para el desarrollo de su actividad.
- » Su finalidad productiva es producir bienes, ejecutar obras o prestar servicios para sus asociados o para personas de la comunidad diferentes a los asociados, es decir, para terceros al contrato cooperativo.

b. Especiales

- » La vinculación del asociado debe ser voluntaria (L. 79/88, Art. 5º-1. y D.R. 2025/11, Art. 3º-a.)
- » Los asociados deben obrar de manera autogestionaria y con autonomía, autodeterminación y autogobierno (L. 1233/08, Art. 12).

Como parte de esta característica es necesario:

- Que la CTA “Tenga independencia financiera” (D.R. 2025/11, Art. 3º-b).

La independencia financiera no puede confundirse con el hecho de que, como ocurre con toda entidad contratista y con, inclusive, el mismo trabajador dependiente, su subsistencia en materia de ingresos pudiera depender del pago que realiza un contratante como único cliente mientras amplía su mercado o porque el objeto del contrato acapara de manera autónoma su tiempo para la prestación del servicio independiente que se ofrece.

En efecto, como ocurre con las actividades económicas empresariales, la dinámica propia de los ingresos depende del mercado, de la calidad del servicio de la empresa contratista, en este caso, de la CTA, de la adecuada comercialización de su actividad y, en fin, de todo aquello que forma parte del ejercicio constitucional de la libre empresa.

La independencia financiera está relacionada con el contexto de la autonomía y la autogestión para organizar su estructura de ingresos, gastos, inversiones y

estructura contable y económica, sin intervención de la empresa contratante ni mucho menos participación o vinculación económica de esta en la respectiva CTA.

- Que la CTA sea la que ejerza la potestad reglamentaria y disciplinaria e imparta a los trabajadores asociados las instrucciones para la ejecución de la labor, y no la empresa contratante (D.R. 2025/11, Art.3º- e. y f.)
 - Que los trabajadores asociados realicen aportes sociales y participen de la toma de decisiones, y de los eventuales excedentes o rendimientos económicos (D.R. 2025/11, Art.3º-h. e i.)
- » Ser propietaria de los medios de producción y tener autonomía en el uso de los mismos (D.R 2025/11, Art. 3º-c.)

Para estos efectos, también es importante considerar que “los medios de producción” deben ser evaluados de acuerdo con la clase de actividad que realiza la CTA, tales como equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo necesarios para cumplir el respectivo contrato civil o mercantil.

Lo anterior resulta importante para superar grave error de criterio, según el cual la propiedad de los medios de producción debe incluir las respectivas instalaciones de la empresa contratante, cuando el objeto del contrato entre la empresa contratante y la CTA es la prestación de un servicio o la producción de un bien, que por su naturaleza no permite el traslado de dicho bien sobre el cual se lleva a cabo tal prestación. Criterio este completamente contrario al sentido común.

Así, por ejemplo, suele ocurrir con tareas de empresas contratistas, en este caso de CTA, cuya actividad se realiza en las instalaciones del contratante, como mantenimiento eléctrico o de sistemas, preparación de tierras, recolección de cosechas, u otras de similar tenor.

Parece una aclaración obvia. Sin embargo, es indispensable ponerla de presente, pues por absurdo que parezca, en no pocas ocasiones ha hecho carrera tal equívoco.

- » La modalidad de remuneración mensual de los asociados, que se denomina compensación ordinaria, debe ser “de acuerdo con el tipo de labor desempeñada, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado por el trabajador asociado...” y no inferior un (1) salario mínimo legal mensual vigente, “salvo que la actividad se realice en tiempos inferiores” (L. 1233/08, Art. 3º y D.R. 2025/11, Art. 3º-i).



Foto: Toro, F. (2008) Extractora María La Baja, Colección fotográfica Fedepalma

- » Podrán contratar con terceros siempre que su actividad para las empresas contratantes responda a un proceso o a un subproceso de las “diferentes etapas de la cadena productiva” de la respectiva contratante, “siempre atados” a un resultado final específico (L. 1233/08, Art. 13), en la medida en que la ejecución de tales procesos o subproceso se realice con autonomía (D.R. 2025/11, Art. 3º-c.)
- » Deben afiliar a sus asociados al sistema de seguridad social integral y pagar oportunamente las cotizaciones que este establece, aplicando para este efecto “todas las disposiciones legales vigentes sobre la materia para trabajadores dependientes”.

En este caso, el Ingreso Base de Cotización (IBC) “será la compensación ordinaria y extraordinaria mensual que reciba el trabajador asociado” (D.R. 4588/06, Art. 32, L. 1233/08, Art. 6º y D.R. 2025/11, Art. 3º-i.).

- » Pagar las contribuciones con destino al Sena, ICBF y Caja de Compensación Familiar.



El IBC para la contribución al Sena y al ICBF “será la compensación ordinaria mensual establecida en el Régimen de Compensaciones y para las Cajas de Compensación Familiar será la suma de la compensación ordinaria y extraordinaria mensual devengadas” por el asociado (L. 1233/08, Art. 2º).

Se exceptúan de las contribuciones antes mencionadas, aquellas CTA cuya facturación anual sea inferior a 435 SMLMV (L. 1233/08, Art. 10º).

- » Cumplir con lo legalmente establecido para la estabilidad reforzada y las especiales condiciones en materia de protección al adolescente trabajador y a la maternidad (L. 1233/08, Art. 3º).

Como puede observarse, las condiciones para el desarrollo de esta alternativa de contratación laboral están dentro de los parámetros propios de la verdadera empresa.

Las citas legales que las consagran y que se mencionaron tienen por finalidad poner en evidencia que tanto su consagración normativa como la exigencia de

su cumplimiento, no corresponden a un desarrollo jurídico reciente sino que están enunciadas desde su origen en 1988 y ratificadas en disposiciones como el Decreto Reglamentario 4588 expedido en 2006 y la Ley 1233 de 2008.

De esta manera, la insistencia que, con apremio de sanción, hiciera en el año 2011 el D.R. 2025, aunque con algunas formulaciones sin contexto o deficientemente redactadas, pero en la misma línea, solo corresponden a una búsqueda para evitar y prevenir el excesivo abuso de esta modalidad de contratación laboral, que sobrevino por parte de quienes la adoptaron como una moda para evadir obligaciones laborales propias del contrato de trabajo, sin promover emprendimiento y a espaldas de los principios del cooperativismo y de la normatividad que la rige.

5. Las CTA y la intermediación laboral

Precisamente uno de los temas relevantes para restringir el abuso de quienes crearon CTA para vincularlas como contratistas independientes sin criterio ni adecuada realidad en la generación de empresas y de empresarios, es el relacionado con la prohibición que hiciera en el año 2010 el Artículo 63 de la Ley 1429.

Este artículo prohibió expresamente vincular personal “para el desarrollo de las actividades misionales permanentes... a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”.

Antes de analizar el citado texto legal conviene recordar que esta prohibición no es nueva, ya que en el año 2006 el Decreto 4588 había prohibido a las CTA actuar “como empresas de intermediación laboral” e, inclusive, como empresas de servicios temporales, prohibición que fue retomada en 2008 por la Ley 1233 (Art. 7, nums. 1 y 3).

La diferencia de la prohibición de estos textos legales con lo señalado por el mencionado Artículo 63 de la Ley 1429 radica en los siguientes textos que ameritan hacer, dentro del contexto de lo explicado hasta ahora, una aclaración en su interpretación, pues ha sido objeto de incontables equívocos y confusiones:

- a. Se refiere a las CTA “que hagan intermediación laboral”, lo cual no es técnicamente correcto, en la medida en que, dada la prohibición a este respecto, que como se vio está vigente desde el año 2006, sería inaceptable concluir que este artículo legaliza CTA que hagan intermediación laboral en actividades misionales no permanentes o en otras actividades de la contratante.

Por esta razón, dentro de una interpretación sistémica, como la norma en cuestión también incluye la prohibición de vincular personal **a través de** cualquier otra modalidad de contratación laboral que afecte la Constitución y la ley, debe entenderse que lo que está prohibiendo esta disposición es que las CTA hagan intermediación laboral, sin importar si se trata de actividades misionales o no.

De suerte que las que cumplan la ley y no hagan intermediación laboral, no afectan derechos constitucionales, legales y prestaciones consagradas en las normas laborales vigentes, aunque hayan sido vinculadas por la parte contratante en actividades misionales.

¿De qué “normas laborales vigentes” se trata cuando se hace mención a estas normas en materia de CTA?

- b. Al introducir para el caso de las CTA el concepto de “norma laboral vigente”, este debe interpretarse de manera concordante con el régimen laboral propio que las regula.

Según el Artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en concordancia con lo previsto en el Artículo 11 del Decreto 4588/06, las CTA **no están sujetas a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan se someterán al procedimiento civil o a la justicia ordinaria.**

Esta disposición no ha sido declarada inexecutable ni derogada.

Consecuentemente, las condiciones de trabajo de los asociados se regulan por lo que consagre el capítulo que en tal sentido deben consagrar los estatutos de cada CTA.

Por lo mismo, no puede predicarse la solidaridad de que trata el Artículo 34 CST, entre la empresa contratante y los asociados a las CTA, respecto de la aplicación de la legislación laboral propia de los trabajadores dependientes vinculados mediante contrato de trabajo.

Tal régimen laboral propio y la conclusión precedente condujeron a muchas personas a utilizar indebidamente esta modalidad de contratación.

Sin embargo, el hecho de que “las normas laborales vigentes”, aplicables según la ley a las CTA no sean las del Código Sustantivo del Trabajo, no significa que se generen automáticamente condiciones indignas de trabajo.

En efecto, **las CTA no son ajenas a condiciones laborales mínimas, pues, como expresamente lo señala el Artículo 59, tienen un “régimen de trabajo” que debe cumplir los mínimos que el Estado,** por intermedio de la hoy Superintendencia de Economía Solidaria y del Ministerio de Trabajo, están en el deber de evaluar, pues si son verdaderas CTA son empresas que desarrollan el derecho de asociación, dentro de los principios del cooperativismo.

Aún más, es el Ministerio del Trabajo quien aprueba dicho régimen y, una vez él imparte aprobación, corresponde a tales entidades vigilar su cumplimiento. Es lo que dispone el Artículo 22 del D.R. 4588/06 cuando en el Artículo 22 dispone que las CTA tendrán “un régimen de trabajo y de compensaciones”, el cual debe ser “revisado y autorizado por el Ministerio de la Protección Social” (hoy, Ministerio del Trabajo) (D.R. 4588/06, Art. 22).

- c. Hace mención a que esta prohibición tiene lugar cuando se trata de “personal requerido... para el desarrollo de las *actividades misionales permanentes*”, lo que de inmediato condujo a la tarea de la doctrina para determinar qué se podría entender por “actividades misionales permanentes”.

Este criterio, dentro de todo el desarrollo conceptual propio de las CTA y al cual nos hemos referido antes, carece de trascendencia pues lo que está prohibido es que las CTA hagan intermediación laboral.

Lo que prohíbe este Artículo 63 de la Ley 1429 es que una institución pública o privada vincule personal “a través de” las CTA, es decir, que las utilice como intermediarias laborales.

En suma, está prohibido a las CTA hacer o prestarse para hacer intermediación laboral contrariando las características propias de su definición, de su naturaleza y, por ende, de los principios y la cultura del cooperativismo que se reflejan en las características a que se refiere el numeral 4 anterior.

Por lo mismo, si hay una CTA que cumple con dichas características y principios y, por tanto, es una verdadera empresa y sus asociados verdaderos empresarios, no existe impedimento legal para celebrar contratos civiles o mercantiles con empresas contratantes en la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, sin limitación alguna. Sin importar si corresponde o no a actividades misionales, dado que sus trabajadores son asociados y gestores en los términos cooperativos y no *personal vinculado por la contratante a través de ella*.

Es en este contexto, que además corresponde a lo consagrado en las Leyes 1233/08 y 1429/10, Art. 63, en donde debe entenderse el Artículo 2º del Decreto 2025/11, pues este decreto solo reglamenta dichas leyes y no las deroga o modifica.

Esta misma conclusión la ratifica el Artículo 4º del mencionado Decreto 2025/11, cuando al establecer las sanciones para las consecuencias de una utilización indebida de las CTA, reitera que tal sanción se aplicará únicamente a las CTA o a las Precooperativas de Trabajo Asociado, que incurran en “intermediación laboral”.

Y en esta perspectiva tiene lógica entonces el desarrollo de este Decreto 2025/11 en el Artículo 1º cuando, para los efectos específicos de las CTA,

identifica el concepto de intermediación laboral con “el envío de trabajadores en misión”, es decir, cuando las CTA actúan indebidamente como si fueran empresas de servicio temporal, las cuales tienen, como veremos más adelante, un marco legal específico.

En suma, las CTA que desarrollan su naturaleza asociativa dentro de los lineamientos del cooperativismo y las características que la ley establece, no tienen restricción para desarrollar su labor y, por lo mismo, pueden cumplir la naturaleza que le es propia como contratistas independientes en forma tal que la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación del servicio materia del contrato civil o mercantil pueda realizarse en asuntos propios de la actividad de la empresa contratante.

Es decir, resulta irrelevante distinguir entre actividades misionales de la contratante o no, cuando las CTA no hacen intermediación laboral.

6. Criterios prácticos de orientación para contratar con una CTA

Por la mencionada razón, si bien es importante incluir en los contratos con estas entidades las características antes descritas, ello no basta y, por tanto, para no vulnerar el principio de la primacía de la realidad, es necesario, a fin de atenuar y en lo posible evitar riesgos futuros, tener en cuenta los siguientes criterios orientadores para contratar sin inconvenientes con una CTA:

- a. Focalice claramente las áreas que van a ser materia del servicio prestado por las cooperativas, identificando dentro de lo posible los procesos o subprocesos de la cadena productiva que puedan ser atados a un resultado final.
- b. No fragmente la prestación del servicio así focalizado e individualizado entre trabajadores de la empresa y miembros de la cooperativa.
- c. Verifique que la CTA como empresa contratante cumpla lo relacionado con el pago de las compensaciones ordinarias o extraordinarias de acuerdo con el régimen de trabajo consagrado en sus estatutos, así como con las normas pertinentes a la afiliación y pago de aportes a la seguridad social y de aportes parafiscales (Sena, ICBF y Caja de Compensación Familiar).
- d. Disponga de una persona o área encargada de velar, mediante una tutoría o interventoría de desarrollo empresarial, por la naturaleza real de la cooperativa como empresa, tanto en lo antes señalado como en materias relacionadas con la propiedad de los medios de producción; la autonomía en

la ejecución de los procesos o subprocesos; la no injerencia en la potestad reglamentaria y disciplinaria de los asociados; la voluntariedad de la asociación; el apoyo a la empresa cooperativa en capacitación, cuando a ello hubiere lugar y, en fin, todo aquello que fortalezca su autonomía, su autogestión y su autogobierno.

Si se estableciere que la empresa contratante está ejerciendo tal potestad, se configurará de manera automática el *contrato de trabajo realidad* entre los trabajadores asociados y la empresa contratante.

En consecuencia:

- La empresa contratante no debe, por ningún motivo, administrar la cooperativa o crearla, ni mucho menos tener injerencia en la liquidación mensual de las compensaciones.
- La empresa contratante tampoco podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa ni en la selección del trabajador asociado.
- Es necesario, de manera consecuente, formar a los gerentes y miembros de los consejos de administración, para promover en el interior de las cooperativas el liderazgo de sus cuadros directivos y fortalecer de manera constructiva la conducción estable, sostenible y rentable de las CTA por los mismos asociados.



En resumen, el contratante o beneficiario debe, a través del encargado, coordinador, líder o gerente de desarrollo empresarial o similar, mantener una permanente revisión de cultura empresarial cooperativa, calidad en el servicio y puntual cumplimiento de sus estatutos.

Si le es posible, conviene que se asesore periódicamente para que hagan verificación al estado de la cultura cooperativa en su empresa y los expertos evalúen si se están cumpliendo las condiciones estratégicas, éticas, administrativas, financieras y jurídicas que se necesitan.

Todo ello dentro del propósito de materializar como *buena práctica en la contratación laboral* de las CTA la materialización de lo correcto, frente a la particular naturaleza de esta modalidad de contratación independiente.

7. El contrato civil o mercantil

La vinculación de las cooperativas debe hacerse mediante un contrato de prestación de servicios, de naturaleza civil que adquiere la calidad de mercantil cuando el contratante es un comerciante y, por tanto, se rige en lo aplicable por el Código de Comercio.

Sea civil o mercantil, es necesario que en el contrato se estipulen claramente el objeto del mismo, las obligaciones de las partes, la forma de pago o precio del servicio prestado y los indicadores que sustenten, en términos variables, la liquidación de dicho precio, procurando que el mismo se relacione con factores de productividad objetivamente determinables.

Como no pueden existir observaciones a las CTA por parte de las empresas contratantes respecto de obligaciones que no estén consagradas en el contrato civil o mercantil suscrito con ellas o en la oferta que en tal sentido se manijare, si se requiriere aplicar condiciones no estipuladas originalmente deben suscribirse o estipularse las adiciones respectivas.

Igualmente, no pueden hacerse de manera directa observaciones puntuales de carácter disciplinario a trabajadores asociados, por parte de supervisores o personal al servicio de la empresa contratante. Las instrucciones que estos impartan a los asociados que estén cumpliendo el contrato deben ser técnicas en los términos contractualmente pactados por la CTA con la empresa contratante, a modo de interventores del contrato, así designados en el texto del mismo.

Cualquier inconformidad de supervisores o directivos de la empresa respecto de la conducta o el cumplimiento del servicio contratado por parte de uno o varios trabajadores asociados, debe ser informada a la persona competente de la contratante para que esta lo comunique al gerente de la cooperativa, en los términos del contrato.

De esta manera, si una CTA como empresa real no presta un buen servicio porque no logra que sus asociados cumplan los parámetros de calidad que el contrato civil o mercantil establece, deberían aplicarse los mecanismos tendientes a evitar la culminación de tal contrato por incumplimiento del mismo y, en caso de no mejorar tal exigencia contractual, pueden llegar a aplicarse las causales que el contrato establezca, previa pedagogía a la comunidad acerca del hecho.

8. Las Precooperativas de Trabajo Asociado

Su característica fundamental es la de ser empresas asociativas de trabajo “transitorias”, en la medida en que tienen por finalidad permitir la educación social y económica de los asociados y la organización de su actividad con el apoyo de una persona jurídica que se denomina entidad promotora.

Según lo establece el Artículo 125 de la Ley 79/88, las precooperativas deben convertirse en cooperativas en un término de cinco años “prorrogables a juicio del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (hoy Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria).

A las precooperativas se aplican los mismos criterios y características de naturaleza, autogestión, autonomía, autogobierno, contrato, aportes a la Seguridad Social y parafiscales y demás aspectos antes mencionados respecto de las CTA.

La vocación de la precooperativa es convertirse en cooperativa, si así lo decidiera el voto de las dos terceras partes de los asociados.

Según el Artículo 21 del Decreto 4588/06, “las entidades promotoras que, so pretexto de propiciar la asociación en forma precooperativa, orienten o utilicen a las precooperativas de trabajo asociado, para obtener beneficio en provecho lucrativo de sí mismas, serán sancionadas por la Superintendencia de la Economía Solidaria o el Ministerio de la Protección Social”, hoy Ministerio del Trabajo.

Lo anterior, en armonía con la insistencia de la normatividad para evitar el abuso de la institución jurídica y prevenir conductas tendientes a generar usos de esta clase de modalidades de contratación laboral para afectar situaciones laborales en las que se simula la existencia de empresas asociativas con el propósito de burlar obligaciones propias de un contrato de trabajo.

9. Observación fundamental

Finalmente, no sobra reiterar que tanto las cooperativas como las Precooperativas de Trabajo Asociado tienen por finalidad la generación de riqueza y bienestar para quienes participan en ella y no pueden considerarse únicamente como una forma de reducción de costos, manipulada en su naturaleza, sino como una alternativa legal que promueve sentido empresarial entre los cooperados a fin de generar empleo formal y contribuir con una mayor productividad.



Foto: Toro, F. (2012) Las Brisas, Colección fotográfica Fedepalma

Para ello es importante recuperar el concepto de laboralidad.

La laboralidad es la aplicación de la civildad al trabajo para generar comunidades productivas, rentables, operativas, y humanizadas, haya o no dependencia laboral.

Se construyen comunidades empresariales para aplicar laboralidad, cuando adquieren la dimensión para construir coherencias, armonías, conciertos productivos, en medio de la diversidad; en fin, afectos compartidos, expresiones de encuentro, sentidos amorosos del negocio como generador de vida. En últimas, identidades y pertenencia.

¿Qué se requiere?

No basta imponer y exigir, tampoco basta hablar de cooperación *per se*; es necesario empezar a caminar...

He aquí un panorama de nueva forma de hacer empresa, del nuevo modelo de empresa.

Si todos siguen al mismo director, persiguiendo la armonía, y todos con partituras diversas interpretan la misma obra porque aman lo que hacen y creen que vale la pena, tenemos un punto de partida para empezar a gestar una manera de hacer empresa.

Concierto para dinamizar lo social en procura de eliminar la fuerza.¹

Olvidar lo anterior no solo constituye un alejamiento de las buenas prácticas sino que conduce, consciente o inconscientemente, a tomar el sendero de la informalidad y de las esclavitudes modernas, contrarias a todo propósito de construir relaciones de trabajo con altura humana.

No es entonces un asunto de dependencia o independencia en la forma de asumir el ejercicio del derecho al trabajo, es una perspectiva de inclusión y reconocimiento acorde con la realidad y la naturaleza de la modalidad de contratación laboral que se adopte.

B. Las Empresas de Servicio Temporal (EST)

Las Empresas de Servicio Temporal como alternativa para la contratación laboral independiente también obedecen a unas características propias cuya comprensión es de similar trascendencia para evitar que se desvirtúe el alcance de su presencia en el ordenamiento jurídico.

1 Carrillo Guarín, Julio César (2008). Cooperativas de Trabajo Asociado: ¿Libertad empresarial o esclavitud laboral? *Revista Palmas*, Vol. 29, No. 2. Fedepalma, p. 41.

Por lo anterior, a continuación se realiza una claridad de conceptos para tener una mayor claridad de las EST:

1. Precisión inicial
2. Definición
3. Características del servicio temporal
4. Temporalidad
5. La dinámica laboral dentro del marco de la temporalidad
6. Consideraciones adicionales respecto del contrato mercantil entre la EST y la usuaria

1. Precisión Inicial

Cuando se mira desde un Derecho del Trabajo Vivo la necesidad del denominado "servicio temporal"; lejos de plantearse un rechazo a esta forma de contratación laboral, la invitación que se hace es a reconocer su importancia dentro del diseño de redes de cooperación que apoyen la dinámica de la vida laboral en términos de coordinación económica y equilibrio social y evaluar los alcances reales de su aplicación, en un momento de la historia en el que las actividades empresariales están inmersas en la inevitable globalidad y en los sobresaltos de una economía variable.

Por ello, el servicio temporal no es contrario a la búsqueda de vitalidad empresarial en condiciones dignas y justas.

La pérdida del valor de la justicia y la afectación de la dignidad humana que predica la Constitución Política tiene lugar cuando se instrumentaliza el servicio temporal en perjuicio del ser humano que trabaja.

Es por ello por lo que urge recuperar el sentido de esta modalidad de contratación laboral, y a ello invita el D.R. 4369 de 2006 que desarrolla lo regulado desde el año 1990 por los Artículos 71 a 94 de la Ley 50.

2. Definición

El Artículo 71 de la Ley 50 de 1990 expresamente define la EST como "aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada

por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

La empresa contratante se denomina *usuaria* (L. 50/90, Art. 73) y a los trabajadores que la EST vincula para desarrollar labores al servicio de la *usuaria* se les denomina *trabajadores en misión*, sin perjuicio de los demás trabajadores que prestan servicio en las dependencias de la EST y a los cuales la ley denomina *trabajadores de planta* (L. 50/90, Art. 74).

3. Características del servicio temporal

De la definición anterior se obtienen las siguientes características esenciales:

- a. La EST por mandato legal es la empleadora de los trabajadores en misión y, en esta perspectiva, es la responsable de cumplir con las disposiciones legales señaladas para el trabajo dependiente, es decir, el que se realiza con fundamento en un contrato de trabajo.
Ello significa que una EST debe tener con sus trabajadores *buenas prácticas en la contratación laboral* en términos como aquellos a los que se hacía referencia en el tomo I de esta Guía Básica.
- b. Los trabajadores en misión vinculados por la EST prestan su servicio en las instalaciones del tercero beneficiario del contrato mercantil o civil de servicio temporal.
- c. Como la razón social u objeto de las EST es la prestación del servicio temporal mediante el suministro de trabajadores en misión, no es dable predicar respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la EST frente a sus trabajadores en misión, la solidaridad de que trata el Artículo 34 CST por parte de la empresa *usuaria*, en la medida en que el objeto del contrato de prestación de servicios entre la EST y la *usuaria* (suministro de trabajadores en misión) es, por sí solo, extraño a las actividades normales de cualquier empresa *usuaria*.
- d. Aunque parezca obvio, es importante resaltar que se trata de un servicio *temporal* y por ello en esta clase de modalidad de contratación independiente deben evaluarse los alcances de la temporalidad, como lo haremos en el numeral 4 que sigue.

De esta manera, las características antes mencionadas adquieren particular relevancia para el propósito de la valoración de las *buenas prácticas* en la contratación

de las EST, en la medida en que, además del deber de cumplir como todo empleador las obligaciones consagradas en la ley laboral para la contratación dependiente, como empleadora que es de sus trabajadores en misión, se requiere que el vínculo independiente entre la *usuaria* y la EST esté signado por un entendimiento adecuado del alcance de esta clase de servicio.

De no ser así la *usuaria* será calificada como la verdadera empleadora de los que, en tal hipótesis, habrían sido incorrectamente calificados como *trabajadores en misión*, con los efectos adicionales consecuentes que pudieren derivarse en materia de multas impuestas por la autoridad administrativa del trabajo.

Nuevamente aquí surge la importancia de no vulnerar el principio laboral de la primacía de la realidad, sin que el mal uso de un servicio temporal pueda ser motivo para aducir la ilegalidad absoluta del mismo o para desconocer su importancia en el aporte a la dinámica de la empleabilidad y de la generación de bienestar y riqueza que la sustenta, dentro de un sano concepto de crecimiento en términos no solo monetarios sino también de calidad de vida.

4. La temporalidad

Tal es la razón por la que se hace necesario precisar los alcances de “la temporalidad” que constituye el elemento rector de esta alternativa de vinculación laboral.

a. Alcances de la temporalidad

Lo temporal está referido a la categoría de “tiempo” y el tiempo, a su vez, en términos vitales, se presenta en resumen como una serie de actos sucesivos que marcan el transcurrir de la existencia, los cuales pueden ser largos o cortos, según la realidad de que se trate.

Desde este punto de vista, hablar del *tiempo* como una serie de estados sucesivos de cosas conduce a hablar de *duración* y cómo medirla.

Esta breve especulación filosófica tiene sentido para el caso del “servicio temporal” porque, como veremos a continuación, la mencionada “temporalidad” en el servicio del suministro de trabajadores en misión está referida a unas causas expresamente señaladas en la ley para determinar su duración con relación al contrato mercantil que se celebra entre la EST y la *usuaria* para la prestación de tal servicio, según la necesidad que tuviere la *usuaria* y que causa tal vinculación.

Sin embargo, esta medida en la duración de la temporalidad referida al contrato que se celebra entre la EST y la *usuaria* es diferente de la modalidad de duración del contrato de trabajo entre la EST y sus trabajadores en misión, como lo veremos a continuación.

b. La medida de la duración del servicio temporal

Si hablar de lo temporal es hablar de duración pero no significa en estricto sentido concluir que se trata de “corta” o “larga”, es importante definir la medida de la duración de la temporalidad en el caso del servicio que da razón de ser a la EST.

La medida del servicio temporal en la Ley y, consecuentemente, en el Decreto Reglamentario, se refiere al contrato mercantil entre la EST y la *usuaria* y aparece en dos categorías cuya medida de duración es diferente según la clase de necesidad de la *usuaria* que da lugar a la vinculación de la EST:

► Primera categoría: Para atender puntuales necesidades de personal en la usuaria.

En esta categoría, la causa legal que permite a una *usuaria* vincular una EST, es al mismo tiempo la medida de la temporalidad del vínculo mercantil o civil entre las dos.

Lo anterior se confirma al observar los casos en los que es posible celebrar el contrato para el suministro de trabajadores en misión en esta categoría:

- **Cuando se trata de labores ocasionales, accidentales o transitorias.**
En este caso, la medida de la temporalidad está dada por el hecho de que, de acuerdo con la ley, esta clase de labores corresponde a aquellas cuya duración no puede ser superior a un mes (Art. 6º C.S.T.)
- **Cuando se requiera reemplazar personal que se encuentre en incapacidad, en vacaciones o en licencia.**
En este caso, la medida de la temporalidad está dada por la duración de la respectiva circunstancia que ha generado el reemplazo.
A modo ilustrativo, pudiera ocurrir en un hipotético caso extremo mencionado únicamente para apoyar la comprensión del tema, que si al trabajador de la contratante que ha generado la necesidad del reemplazo se le ha concedido una licencia de cuatro años, por ejemplo, el servicio temporal en este caso, materia del contrato mercantil o civil, podrá ser de cuatro años.

► **Segunda categoría: Para atender situaciones incrementales en las actividades de la usuaria**

En esta categoría la causalidad que sustenta la vinculación en legal forma del servicio temporal es la necesidad de la *usuaria* de atender momentos propios de su dinámica económica que implican “picos” de producción o aumento operativo por temporada, según su actividad, en materias como el transporte, las ventas, la prestación de servicios y los periodos estacionales de cosecha.

En este caso, la temporalidad del contrato mercantil está legalmente limitada a un término de seis meses prorrogable hasta por seis meses más.

Igualmente, y solo para esta causal, se hace necesario precisar entre la empresa *usuaria* y la EST cuál es **la causa originaria** del servicio específico objeto del contrato civil o mercantil de servicio temporal, pues si esta causa originaria del servicio específico subsiste después del término antes mencionado, la *usuaria* “no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicio temporales, para la prestación de dicho servicio”. (Art. 6º. D. 4369/06).

En suma, y a riesgo de ser repetitivos, es de especial importancia insistir en la distinción:

En esta categoría de medida del servicio temporal para atender necesidades incrementales en la *usuaria*, **solo se pueden celebrar contratos mercantiles que no excedan términos de duración de un año y en cada uno de ellos debe estipularse cuál es la nueva causa originaria que da lugar al servicio específico del nuevo contrato mercantil suscrito**, pues si no puede acreditarse tal nueva causa, tampoco puede suscribirse un nuevo contrato con la misma EST o con otra para atender tales necesidades incrementales de la *usuaria*. De suerte que si se requiriere un trabajador en misión más allá de lo que en la realidad exige esta causal, dentro de esta categoría, la empresa *usuaria* deberá vincular de manera directa el trabajador que requiera.

Para la determinación de la causa originaria del servicio específico en agroindustria, puede aplicarse, cuando a ello hubiere lugar, la mención que el Artículo 77, num. 3 de la Ley 50 de 1990 hace a los denominados “períodos estacionales de cosecha”.

Es decir, en cada contrato mercantil que se celebre se puede hacer referencia a la cosecha del nuevo año calendario que corresponda o del nuevo período cíclico que sustente el servicio del trabajador en misión, de suerte que, aunque se trata de la misma clase de cultivo (palma de aceite, por ejemplo), el nuevo ciclo estacional pueda considerarse como una nueva causa originaria y ello permite la celebración del nuevo contrato entre la empresa usuaria y la EST, sin que necesari-

riamente deba la EST terminar el contrato de trabajo con su trabajador en misión, si a ello hubiere lugar.

Lo anterior, lo repetimos, dentro del espectro propio del principio de la primacía de la realidad.

Por otra parte, conviene reiterar que es importante tener en cuenta que la medida del servicio temporal antes descrita, de acuerdo con las dos categorías de causalidad posibles, para el contrato entre la EST y la *usuaria* es diferente de la duración del contrato de trabajo entre la empresa de servicios temporales (EST) y sus trabajadores en misión, pues para estos efectos aplican las modalidades de duración generales de los contratos de trabajo a que se hizo referencia en el tomo I de esta *Guía Básica*, es decir, a término indefinido, a término fijo, o por obra o labor, de acuerdo con lo regulado por el Código Sustantivo del Trabajo.

Qué ha ocurrido?

Que se ha confundido la medida de la temporalidad del contrato mercantil entre la EST y la *usuaria* para acordar la prestación del servicio temporal, con la duración del contrato de trabajo entre la EST y su trabajador en misión, que es algo muy diferente.

Aclarada esta confusión se entiende por qué pueden existir trabajadores en misión con contrato a término indefinido con la EST que cumplen el objeto de su contrato de trabajo para diferentes servicios específicos con causas originarias diversas, independientemente del hecho de que, para la segunda categoría de medición de la temporalidad del servicio de suministro de trabajadores en misión, los contratos mercantiles que lo regulen tengan la limitación temporal de seis meses, prorrogables hasta por seis meses más respecto de la causa originaria del servicio específico que lo causó.

En suma, una es la medida del servicio temporal que se acuerda contractualmente entre la EST y la *usuaria*, y otra la que puede regir el vínculo contractual del trabajo entre la EST y el trabajador en misión.

No es correcto, por tanto, afirmar que el vínculo del trabajador en misión no puede en ningún caso ser superior a un año o que su presencia en la *usuaria* está automáticamente limitada a un año.



5. La dinámica laboral dentro del marco de la temporalidad

Así como no puede predicarse que el servicio temporal es el todo de la vida laboral, tampoco puede afirmarse que el servicio temporal es contrario a la justicia y a la dignidad humana que reclama un derecho del trabajo vital en la construcción de redes de cooperación.

Por esta razón, para revitalizar el servicio temporal es necesario recuperar su sentido a fin de evitar que su instrumentalización termine generando el efecto perverso de pretender acabar con el apoyo que ofrece este servicio cuando se requiere en cualquiera de las dos categorías antes analizadas.

Con el propósito de aportar a esta revitalización y con la mirada trascendente que debe inspirar esta institución jurídica para evitar que perezca por manipulación o incorrecta aplicación, formulo a continuación unos criterios de apoyo para evitar equívocos, manipulaciones o utilizaciones indebidas que terminan haciendo perder bondad a la figura del servicio temporal:

- a. **El salario de los trabajadores en misión debe ser equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria** que desempeñen la misma actividad, aplicando las escalas de antigüedad vigentes en la empresa *usuaria*, si las hubiere. (Art. 5º, D. 4369/06). Y si no las hubiere, acudiendo a un criterio de equidad razonable.
- b. Los trabajadores en misión deben gozar de los beneficios que la *usuaria* tenga para sus trabajadores en transporte, alimentación y recreación. (Art. 5º, D. 4369/06).
- c. La EST debe tener autorización de funcionamiento por parte del Ministerio del Trabajo. (Art. 7º, D. 4369/06).
- d. No se deben utilizar CTA o empresas asociativas o similares para prestar servicios temporales.
- e. Es necesario verificar que la EST cumpla con las normas laborales y de seguridad social con sus trabajadores en misión.

Dentro de los diez primeros días de cada mes, las EST deben informar a la *usuaria* sobre la afiliación y el pago de las cotizaciones al sistema de Seguridad Social de los trabajadores en misión que le han prestado su servicio durante el mes inmediatamente anterior.

Si la EST no cumple con esta información o si esta presenta inconsistencias, la *usuaria* debe informar al Ministerio del Trabajo y/o a la Superintendencia

Nacional de Salud, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo antes mencionado.

La omisión de la *usuaria* en el cumplimiento de este deber la hará solidariamente responsable en el pago de los aportes y de las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión (Art. 13, D. 4369/06).

- f. Se debe velar por la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores en misión y para ello es importante que se establezca el acuerdo correspondiente entre la *usuaria* y la EST, a fin de armonizar lo que corresponda, dado que los trabajadores en misión cumplen el contrato de trabajo con la EST en las instalaciones de la *usuaria* y que, por tanto, la EST responsable como empleadora de que los trabajadores en misión realicen su tarea en condiciones de seguridad y salud en el trabajo que le eviten a la EST incurrir en culpa patronal y a la *usuaria* en responsabilidad civil extracontractual, en caso de ocurrir accidentes o de presentarse enfermedades laborales.
- g. Y la más importante: No contratar servicio temporal sin que haya una claridad en la medida de la temporalidad, según lo antes explicado.

6. Consideraciones adicionales respecto del contrato mercantil entre la EST y la usuaria

Para finalizar la descripción de esta modalidad de contratación laboral independiente y apoyar el espíritu de lo correcto como insumo sustancial de la buena práctica en la vinculación del servicio temporal, he aquí algunas consideraciones adicionales para mejor proveer:

- a. "La relación entre la empresa usuaria y la EST puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar" (Art. 8º, D. 4369/06).
- b. En realidad, dado que existen causales diferentes, **lo recomendable es que entre la usuaria y la EST se celebren contratos mercantiles para cada causal o, por lo menos, uno por cada categoría de medida del servicio temporal.**

De esta manera habrá un vínculo cuya medida será la establecida para la categoría relacionada con la atención de necesidades incrementales de la *usuaria*, incluidos los períodos estacionales de cosecha, y otro para la categoría relacionada con la ejecución de labores accidentales o transitorias o el remplazo de personal, pues cabe recordar que en este último caso el término de vigencia del contrato mercantil puede ser indefinido, aunque los trabajadores

en misión que se envíen en desarrollo del mismo contrato cumplan una actividad por sí limitada, en razón de la labor ocasional que desarrollen o al remplazo que realicen.

- c. Si bien el Artículo 81 de la Ley 50 de 1990 establece unas cláusulas obligatorias, para el contrato que se celebre entre el usuario y la empresa de servicios temporales, no existe ni puede existir un formato obligatorio, pues mientras no se viole el marco legal fijado por la Ley 50 de 1990 y por el decreto reglamentario, no puede el Ministerio del Trabajo imponer a los particulares la forma como deben expresar el libre ejercicio de su voluntad autónoma.

No obstante, en la categoría de medida del servicio temporal relacionada con necesidades incrementales de la *usuaria*, es recomendable que esta, para formalizar la solicitud de trabajadores en misión, imparta las órdenes correspondientes sustentadas en la causa originaria que da lugar al servicio específico.

- d. No es una buena práctica y vulnera el principio de la primacía de la realidad desnaturalizando el servicio temporal, pretender la vinculación de trabajadores en misión con base en la categoría incremental, para atender cargos u oficios que son permanentes en una empresa, a menos que se lograre acreditar que se trata de una persona adicional generada por el incremento respectivo.

Es el caso de una recepcionista o de una secretaria en un departamento o área, cuando no se trata de una tarea adicional por una emergencia sobreveniente, sino de suplir un cargo y ejercer unas funciones que se cumplen y realizan, haya o no “incrementos”.

De esta manera, el servicio temporal lejos de considerarse una alternativa carente de legalidad, constituye una modalidad de contratación laboral que, utilizada de manera adecuada, forma parte de los caminos que se tienen para generar trabajo digno y justo y promover empleabilidad, de acuerdo con específicas y puntuales necesidades que pudieren generar, en algunos casos, la dinámica operativa del esfuerzo productivo que de razón a una actividad empresarial.

No se trata de asumir una sola visión, pues en desarrollo de la vida laboral ocurre que, para dinamizar la actividad productiva y promover empleabilidad, se pueden requerir trabajadores dependientes o CTA o EST o cualquiera de las modalidades de contratación laboral cuya naturaleza legalmente prevista requiere ser debidamente aplicada para evitar que, inclusive sin intención, se terminen generando prácticas indebidas con los consecuentes efectos sancionatorios y, lo que es más importante, contrarios al anhelo de hacer del trabajo una oportunidad para el crecimiento y la realización, en términos de humanidad.



Foto: Polinizando el fruto. Jimmy Alexander Gómez Alonso. Colección fotográfica Fedepalma

C. El contrato sindical

Entre las modalidades de contratación laboral independiente aparece como una posibilidad la del contrato sindical.

Esta modalidad, aunque no es nueva en su origen, constituye una alternativa de especial naturaleza porque si bien todo contratista independiente tiene la facultad para ejercer el derecho de asociación como empresario, como empleador, no la tiene para ejercerlo desde la perspectiva sindical, que es exclusiva de los trabajadores dependientes, es decir, de los vinculados por contrato de trabajo.

Sin embargo, por contraste y no obstante este principio, en esta modalidad de contratación laboral el contratista independiente resulta ser una organización sindical que, por tanto, además de su misión de velar por los derechos y el bienestar de los trabajadores, al celebrar esta clase de contrato adquiere la condición de generador de empleo y, en últimas, de empresario en la prestación del servicio o la ejecución de la obra materia del contrato sindical.

Como tal, el sindicato adquiere por esta vía una responsabilidad laboral frente a las personas afiliadas a la organización sindical que participarán en la ejecución del contrato y, a la vez, el deber de exigirles el cumplimiento de las tareas propias del respectivo contrato sindical.

En suma, por virtud de esta modalidad de contratación los sindicatos pueden ser contratistas independientes y prestar servicios por fuera del objeto esencial que da razón de ser al ejercicio del derecho de asociación sindical.



Por esta razón, es importante tener en cuenta los alcances y la naturaleza del contrato sindical, originariamente consagrado desde 1950 y cuya reglamentación vigente aparece contenida en el Decreto 36 de 2016, incluido en el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (1072 de 2015).

Por lo anterior profundizaremos en los siguientes puntos:

1. Definición
2. Características
3. Observación fundamental

1. Definición

Como todo contrato, es un acuerdo de voluntades solemne que se celebra “entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras, con sus propios afiliados”, el cual debe ser realizado “con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos” y se rige “por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo” (D. 1072/15, Art. 2.2.2.1.16).

En esta perspectiva, al ser el sindicato un contratista independiente, como persona jurídica se hace responsable del cumplimiento de obligaciones del contrato civil

o mercantil, con todas las características analizadas para determinar la realidad de un contratista independiente, en los términos previstos por el Artículo 34 CST.

2. Características

Además de las características propias de la contratación independiente, de la definición anterior se infieren las siguientes que ameritan ser destacadas en esta modalidad:

a. Generales

» El contrato entre la o las organizaciones sindicales y uno o varios empleadores, debe celebrarse por escrito y para estos efectos el representante legal del sindicato ejercerá “la representación de los afiliados vinculados para su ejecución” (D. 1072/15, Art. 2.2.2.1.22).

» Como contratistas independientes que son, debe privilegiarse, al igual que en las CTA o en las EST, el ejercicio de su condición de tal con plena autonomía técnica y directiva y total independencia financiera.

En este punto vale la pena recordar lo que sobre el particular se precisó al referirnos a las características de la contratación independiente y, en especial, a la de la independencia financiera a la que hicimos mención en el caso de las CTA.

» Aunque el contrato civil o mercantil que celebre el sindicato con el empleador contratante tiene la misma finalidad de un contrato de esta naturaleza, es decir, la prestación de servicios o la ejecución de obras, en este caso tal objeto contractual debe desarrollarse con afiliados a la organización u organizaciones sindicales contratantes.

Lo anterior plantea también la necesidad de distinguir la diferencia entre el vínculo de orden mercantil o civil que se genera entre el sindicato y el empleador por virtud del contrato sindical y el vínculo laboral especial que nace entre la organización sindical y los afiliados vinculados para la ejecución de dicho contrato civil o mercantil.

» Al igual que en toda contratación independiente, el sindicato, como contratista, debe velar para que los trabajadores que vincule como afiliados participen al desarrollo de las tareas objeto del contrato sindical, realicen su actividad en condiciones de seguridad y salud en el trabajo, correspondiendo a la empresa contratante “prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o enfermedad”. (D. 1072/15, Art. 2.2.2.1.24).

b. Especiales

Las características especiales de esta modalidad de contratación independiente se derivan fundamentalmente del hecho de que, sin perjuicio de las relaciones propias del Derecho Laboral Colectivo entre un sindicato y una empresa, al celebrarse en contrato sindical concurre un vínculo contractual que involucra responsabilidades de orden civil en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio y que, si bien como sindicato de trabajadores mantiene su condición de tal, además adquiere obligaciones propias de un empresario que, como contratista, ejecuta una obra o presta un servicio para un tercero beneficiario.

De ahí la importancia de las características que a continuación se formulan:

» Un reglamento por cada contrato sindical.

Como el sindicato de trabajadores, por virtud del contrato sindical, asume la calidad de contratista independiente, el Decreto 1072/15, en el Artículo 2.2.2.1.28, establece que este "debe elaborar un reglamento por cada Contrato Sindical y someterlo a la aprobación de la Asamblea General".

Dicho contrato debe contener al menos:

- Tiempo mínimo de afiliación.
- Procedimiento para la designación de un coordinador o coordinadores del contrato.
- Procedimiento para seleccionar los afiliados partícipes.
- Causales y procedimiento de retiro y remplazo de los afiliados partícipes.
- Mecanismos de solución de conflictos entre afiliados y sindicato, garantizando siempre el derecho al debido proceso y a la defensa.
- Porcentaje de los excedentes del valor generado por el contrato sindical a educación, capacitación y vivienda de los afiliados partícipes.
- Todo lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social.



- » Una subcuenta en la contabilidad general del sindicato “para cada uno de los contratos sindicales suscritos” (D. 1072/15, Art. 2.2.2.1.29).
- » Depositar copia del respectivo contrato y del reglamento de garantías en la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, donde este se suscriba o ejecute, en forma similar a como se depositan las convenciones colectivas de trabajo.
- » La organización sindical, entre otras obligaciones, debe como contratista independiente que es para estos efectos, poner a disposición de los “trabajadores vinculados para la ejecución del contrato sindical, los instrumentos adecuados y demás materiales” que se requieran para el cumplimiento del contrato y pagarles lo pactado con los afiliados, incluyendo “gastos de transporte, si para prestar el servicio fuese necesario el cambio de residencia” (D. 1072/15, Art. 2.2.2.1.24).

3. Observación fundamental

Como ocurre con todas las modalidades de contratación y lo hemos venido reiterando en las modalidades que se analizaron antes, **lo verdaderamente importante es la realidad del vínculo independiente y el cumplimiento por parte de contratantes y contratistas, en este caso, de los empleadores y los sindicatos que celebran el contrato sindical, de las condiciones específicas de esta modalidad de contratación laboral.**

Así, en la perspectiva del empleador, el *simular sindicatos* para vincular personal a través del contrato sindical, no solo es contrario al ejercicio del derecho de asociación, con las connotaciones hasta de orden penal que de allí pudieran derivarse, sino también configura una manipulación o utilización indebida de una modalidad legítima de generar empleabilidad.

Y en la perspectiva de los sindicatos implica asumir una actitud de empresarios, para adquirir la competencia que les permita prestar el servicio o ejecutar la obra como subordinante de los afiliados partícipes, con las responsabilidades que de allí se derivan, en concordancia con el reglamento del respectivo contrato, pues de lo contrario se incurriría en informalidad.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que así como reconoce la autonomía y validez del contrato sindical, este convierte a la organización sindical contratista “en verdadero empleador de los afiliados trabajadores, quienes no tendrían así vínculo laboral directo con el empresario contratante”.

Esta precisión es de trascendental importancia ya que de ella se derivan obligaciones que, así no se encuentren en el Decreto que reglamenta de manera especial esta modalidad de contratación independiente, se infiere de la naturaleza laboral del vínculo entre el sindicato y sus afiliados partícipes en aspectos como pagos y otros conceptos de similar tenor.

Lo anterior, mientras no se decante de manera diferente esta forma de relación laboral entre sindicato y afiliados partícipes, con causa en el contrato sindical.

D. Las sociedades regularmente constituidas

En general, otra de las alternativas de la contratación independiente es la vinculación de las sociedades comerciales, tanto de las regularmente constituidas como de las sociedades de hecho y a la cual aplican los criterios generales señalados anteriormente para la relación con el contratista independiente, así como las observaciones y demás recomendaciones en orden a que la independencia sea real y no se vulnere el principio de la primacía de la realidad.

A diferencia de cuando se vinculan CTA o EST o sindicatos por contrato de la vía sindical, en este caso aplica la solidaridad laboral entre la empresa contratante y el contratista persona jurídica respecto de los trabajadores que vincule para el cumplimiento del respectivo contrato de obra o de prestación de servicios, cuando el objeto del mismo corresponde a labores propias de las actividades normales del contratante.

Igualmente, cuando el servicio materia del contrato civil corresponde a labores que no se encuentran dentro del objeto social de la empresa contratante, como el servicio de aseo o el de alimentación u otros de similar característica, la empresa beneficiaria de tal servicio no será solidaria con los trabajadores del contratista respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales.

En este último escenario han surgido las denominadas “empresas de servicios especializados” o “empresas de servicios integrales” que atienden necesidades puntuales, con la competencia y especialidad para ello y dentro de todos los parámetros que ya hemos analizado para configurar una verdadera contratación independiente.

Esta modalidad, derivada de una deducción doctrinal, es decir, de los expertos, tiene origen en el Artículo 95 de la Ley 50 de 1990, según el cual, “de la reglamentación sobre empresas de servicios temporales, están excluidas las empresas que prestan servicios diferentes al envío de trabajadores en misión”,

y a reglón seguido, a modo meramente enunciativo, señala actividades como "suministro de alimentación" y "labores de aseo".

De allí se concluyó que una empresa que presta un servicio especializado, que está debidamente constituida, que cumple las obligaciones con sus trabajadores y lo hace con las condiciones propias del contratista independiente, desarrolla adecuadamente la modalidad de contratación laboral adoptando la forma jurídica de una sociedad comercial.

En igual sentido cabe en esta modalidad de contratación laboral independiente todo el portafolio de posibilidades que, por la vía del "outsourcing", es decir, de la vinculación de una tercera persona para desarrollar actividades inherentes o conexas con el objeto productivo de la persona contratante, permita dentro del principio de la primacía de la realidad generar empleabilidad y promover trabajo decente.

También en este caso se generan conductas contrarias a las *buenas prácticas* laborales cuando, al amparo de las formas societarias, se crean entes "de papel" para eludir obligaciones laborales propias del Código Sustantivo del Trabajo, pues en tal caso más allá de las multas y de la solidaridad laboral, lo que resulta doloroso, socialmente hablando, es la pérdida de transparencia y las conductas ajenas a la búsqueda de lo correcto.

En suma, una vez más, es importante retomar el criterio según el cual el uso indebido de una institución jurídica no le hace perder legitimidad, pero promueve dolor social y no es fuente de crecimiento económico sostenible.

Es cierto que una sociedad que es vinculada como contratista independiente acude como un tercero al contrato de trabajo existente entre la persona contratante o beneficiaria de la obra o prestación del servicio del que se trate, pero también lo es que esta "tercería" contractual no oscurece su legitimidad y sustento jurídico porque es un hecho irrefutable que en la vida del trabajo, además del contrato de trabajo, se tejen múltiples redes de cooperación, en las que unos suministran, venden, distribuyen, asesoran, hacen mantenimientos y, en fin, aportan conocimiento y sabiduría desde la orilla de la independencia, sin que por ello pueda decirse que están en la informalidad, mientras cumplan la ley la Constitución.

E. El trabajador independiente

Finalmente, aunque desde el comienzo mismo de este libro, cuando definíamos el contratista independiente, hacíamos referencia a que este podía ser una

persona natural o jurídica, adquiere particular relevancia al concluir el estudio de las modalidades de contratación laboral independiente hacer referencia al trabajador independiente.

Hay lugar a hablar del trabajador independiente cuando se vincula o bien a la persona natural como individuo, o bien, constituida en sociedad unipersonal.

La sociedad unipersonal, de reciente aceptación por el Derecho comercial, es una persona jurídica que tiene por único socio a persona natural.

La vinculación de contratistas independientes como personas naturales, es decir, de trabajadores independientes, es legalmente posible y en esta perspectiva el verdadero trabajador independiente es un emprendedor que aporta su conocimiento y su experiencia con plena autonomía técnica y directiva, para una o varias personas contratantes, sean estas naturales o jurídicas.

Sin embargo, cuando no existen unas evidentes circunstancias configurativas de la autonomía de dicha persona natural y de las demás condiciones que califican en la realidad un trabajo como independiente, no resulta recomendable efectuar tal modo de vinculación, porque en la práctica se genera un alto riesgo de que, por virtud del principio de la primacía de la realidad, adicionado con el de la favorabilidad para el trabajador en caso de duda, se termine calificando como contrato de trabajo lo que se había proyectado originalmente como un contrato civil o independiente.

Inclusive, como lo advierte el Código Sustantivo del Trabajo en el Artículo 24, en la versión modificada por el Artículo 2º de la Ley 50 de 1990, de hecho “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Ello significa que si una persona natural que aparece o se presenta como trabajador independiente celebra un contrato civil o mercantil de prestación de servicios o de ejecución de una obra para aportar su esfuerzo personal a cambio de un precio que suele llamarse “honorarios”, es necesario que se cumpla con rigor las condiciones señaladas en el primer capítulo de este texto cuando hacíamos referencia a *la condición de independiente en la realidad*.

De no cumplirse tales condiciones, así se hubiere firmado un documento civil o mercantil en el que el presunto contratista afirma ser independiente y recibir honorarios, se entenderá que es un trabajador dependiente y que los honorarios pactados constituyen un salario con base en el cual es necesario reliquidar todas las prestaciones y demás conceptos de orden laboral establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo para la relación contractual de trabajo. Es decir, será un trabajador dependiente.

Sin embargo, cuando se cumplen todas las condiciones de independencia, tanto contratante como contratista están legitimados jurídicamente para generar trabajo digno y decente dentro de esta modalidad de contratación laboral.

Es importante poner de presente que el contratante, especialmente cuando el trabajador independiente realiza tareas en sus instalaciones, debe verificar que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social y si el contrato civil o mercantil de prestación de servicios o de ejecución de obra tiene una duración superior a un mes o el objeto de su actividad en beneficio de la parte contratante se va a realizar en labores catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo, corresponde a la empresa contratante afiliar al trabajador independiente al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de que trata la Ley 1562 de 2012.

Igualmente conviene, para todo lo relacionado con la afiliación de los trabajadores independiente al Sistema de Seguridad Social Integral, tener en cuenta lo que sobre el particular disponen los Decretos 2800 de 2003 y 3615 de 2005.

A lo anterior cabe agregar que esta verificación por parte de las personas contratantes del sector privado, para el cumplimiento de la afiliación y los pagos a la seguridad social por parte de los trabajadores independientes, si bien no tiene como obligación una norma expresa que integre los tres sistemas (pensiones, salud y riesgos laborales), como sí ocurre en el sector público, adquirió una forzosa exigencia práctica por la vía tributaria.

En efecto, con la expedición del Decreto 1393 de 2010, y concretamente con lo señalado en el Artículo 27, que adicionó el Artículo 108 del denominado Estatuto Tributario, se puso de presente la necesidad para los contratantes de hacer esta verificación como condición para deducir los pagos efectuados a dichos trabajadores.

Si bien esta regulación aún resulta insuficiente, en la medida en que no hay total claridad sobre la determinación del Ingreso Base de Cotización (IBC) que deben adoptar los trabajadores independientes para hacer sus aportes y que la recientemente expedida Ley 1753 de 2015 aclaró algo sobre la materia, lo cierto es que un buen contratante, además de respetar la realidad de la independencia, debe solicitar a los trabajadores independientes que vinculen, lo que le permita establecer su afiliación al Sistema de Seguridad Social y el pago oportuno de las cotizaciones al mismo, como una contribución a la formalización laboral de estos trabajadores.

Precisamente, este es un ejemplo palpable de la necesidad de promover la formalización del independiente, pues esta, se reitera, no depende de la modalidad

del vínculo laboral, cuando es real, sino del hecho de no estar al margen de la ley, de acuerdo con las condiciones que se establecen para el cumplimiento de sus obligaciones como independiente.

Además, fomentar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad social es contribuir con la calidad de vida de la persona frente a las contingencias de nuestra humana imperfección y, con ello, hacer una valiosa contribución al desarrollo de la labor del independiente en condiciones dignas y justas.

F. Recapitulando...

Al concluir esta rápida descripción del universo de la contratación independiente y sus alternativas de vinculación, cabe resaltar que la transversalidad insistente a lo largo de sus páginas ha sido, por una parte, la importancia de tener en cuenta el principio laboral de la primacía de la realidad como medicina para evitar la enfermedad del abuso, de la manipulación indebida o de la incorrecta utilización de la institución jurídica de la contratación independiente y, por la otra, la necesidad de recordar que la independencia en el trabajo como camino para la contratación laboral digna y justa sigue siendo una vía acorde con lo previsto en la Constitución Política y en la ley, sin que el mal uso de cualquiera de las alternativas jurídicamente viables pueda ser argumento para afirmar que la independencia en el trabajo es indignidad.

De ahí la invitación a tener en especial consideración las recomendaciones y los criterios antes expuestos así como las que, a modo meramente orientador, se formularán en el capítulo siguiente en orden a colaborar con esta insistencia y facilitar, hasta donde sea posible, el mayor grado de ilustración para apoyar la evaluación con acierto, en el terreno de los hechos, de las características del contratista independiente.

Es esta la única manera de evitar relaciones simuladas cuya apariencia formal constituye un alto riesgo latente que, además de las consecuencias económicas para el contratante, terminan comprometiendo el propósito de las empresas de actuar con claridad, transparencia y seriedad jurídica y fáctica en materia de contratación laboral.

Foto: Colección fotográfica Fedepalma





III. Recomendaciones puntuales a modo de guía básica

III. Recomendaciones puntuales a modo de guía básica

Como resultado del marco conceptual a que se refieren las páginas anteriores y como consideraciones de apoyo programático que recogen los criterios y orientaciones materia de este tomo II, formulamos a modo de resumen esquemático las siguientes recomendaciones para contribuir con la aspiración de hacer lo correcto y materializar con ello *buenas prácticas*.

Estas recomendaciones, si bien no agotan todas las consideraciones posibles, constituyen un aporte para renovar, reforzar, enriquecer y dar validez a la política que tuvieren las empresas sobre la materia o para diseñarla en caso de que esta no exista.

Están presentadas en dos bloques conceptuales: desde lo cualitativo laboral, es decir, desde los principios y valores organizacionales, y desde lo cuantitativo o técnico-laboral, es decir, desde las acciones puntuales en la práctica cotidiana, con base en tales principios y valores.

A. Desde lo cualitativo laboral

1. Promueva realidad:

- » No invente independencias para eludir responsabilidades patronales, cuando en el terreno de los hechos quienes le prestan el servicio son, por sí o por interpuesta persona, trabajadores dependientes y su vínculo, a pesar de las “fachadas contractuales”, corresponde a un contrato de trabajo.

En esta perspectiva:

- No “fabrique” o permita que le “fabriquen” CTA que carezcan de cultura cooperativa; no vincule EST para actividades que no responden a nece-

sidades de remplazo o de orden incremental; no simule sindicatos para celebrar contratos sindicales amañados o hechizos; no exija sociedades comerciales de papel para esconder vínculos que en la realidad corresponden a trabajos dependientes.

- **Verifique que sus contratistas, ya sean personas jurídicas** (CTA, EST, sindicatos, sociedades comerciales), **sean reales** y, en el caso de las personas naturales (trabajadores independientes), que efectivamente tengan la autonomía de emprendedor.
- **Fomente las oportunidades de formación de los independientes** que lo requieran, procurando, si a ello hubiere lugar y de ser posible, su crecimiento y desarrollo en materia de emprendimiento, ya que ello fortalece la autonomía.
- **Trate al contratista independiente de manera concordante con su condición de tal y no como un subordinado laboral.**

Por tanto, límitese a exigir lo contractualmente pactado, exija de acuerdo con el objeto del contrato y diseñe los mecanismos del control de calidad inherentes a esta clase de vínculos, sin generar condiciones abiertas, indefinidas y continuadas, que son características propias de la subordinación laboral como elemento configurante del contrato de trabajo.

- La relación de la contratante con el contratista independiente debe estar a cargo de la persona o personas designadas contractualmente como gestoras del desarrollo empresarial o interventoras del contrato en los precisos términos allí pactados.
 - Deben tener la propiedad de instrumentos y medios de producción. Fomentar que sean dueños es fomentar su sentido de pertenencia y su condición de empresa.
 - Los supervisores y directivos de la contratante que tengan relación con contratistas deben ser instruidos acerca de cómo conducir su relación con ellos, para que su labor se limite a la coordinación técnica del trabajo que esta realice. No deben asumir la posición disciplinaria de “jefes” porque ello genera, en el terreno de los hechos, un alto riesgo de desconfiguración de la autonomía cooperativa.
- » Procure que, en lo posible, el encargado o los encargados de velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos por un independiente no sea el jefe de talento humano o el gerente de relaciones industriales o quien ejerza este cargo, cualquiera que fuere la denominación que se le diere.



Foto: Una mirada con mucha experiencia.

Olga Lucía Pinzón Rocha. Colección fotográfica Fedepalma

- » Construya con todos los partícipes de la vida laboral de su empresa (trabajadores en misión, afiliados sindicados partícipes en un contrato sindical, asociados a CTA y contratistas independientes reales) conciencia de comunidad empresarial, mediante planes y programas cíclicos que, al igual que la siembra y la cosecha, genere renovación permanente de los sentidos de identidad y pertenencia por el esfuerzo productivo conjunto y la calidad en el cumplimiento del mismo, respetando los conductos regulares que se derivan de la particular condición de cada quien, según la modalidad de duración contractual que aplique.

Lo anterior, cuando la naturaleza del contrato y el objeto del mismo así lo permitan y con el propósito de fomentar una cultura organizativa que promueva una rentabilidad humanizada que a todos beneficie.

- » Fomente una cultura de respeto y buen trato a todo nivel, pues la dignidad y la consideración de la persona no depende de la naturaleza de una vinculación contractual y, desde esta mirada, seguramente se encontrarán políticas, instructivos, recomendaciones en el manejo y administración de los

contratistas independientes, cuya exigencia estará signada por la búsqueda de bienestar de la persona y desde allí habrá la motivación suficiente para estudiar en detalle las exigencias legales, no como un pesado fardo que agobia sino como un canal que permite orientar esa búsqueda.

- » Vigile permanentemente el cumplimiento de obligaciones en materia de pagos, seguridad social y, cuando hubiere lugar, en el caso de personas jurídicas, de aportes parafiscales (Cajas de Compensación, ICBF y Sena) y seguridad industrial y seguridad y salud en el trabajo de sus trabajadores y, en general, de todo independiente que ingrese a sus instalaciones como contratista.

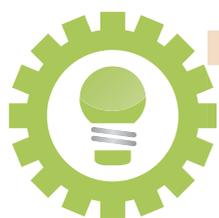
En suma, exija y evalúe periódicamente que el contratista independiente que tenga a su vez trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo o sometidos a especial regulación, como los asociados a las CTA, cumplan con sus obligaciones legales y respecto del trabajador independiente verifique que cumpla sus obligaciones con el Sistema de Seguridad Social.

B. Desde lo cuantitativo o técnico laboral

- a. Diseñe un mapa o un panorama de los diferentes procesos o subprocesos productivos y operativos de la empresa.
- b. Evalúe, de acuerdo con sus necesidades y particulares circunstancias, cuáles de tales procesos o subprocesos pueden llevarse a cabo con autonomía real y cuáles definitivamente deben efectuarse mediante vinculaciones dependientes. Es decir, cuáles podrían ser vinculados mediante contrato civil o mercantil (relación de trabajo independiente) y cuáles mediante contrato de trabajo (relación de trabajo dependiente).
- c. Los procesos y subprocesos que, objetiva y jurídicamente pueden ser materia de vinculaciones independientes, conviene evaluarlos técnicamente en términos administrativos, financieros y operativos; a fin de establecer que, al desagregarlos de la operación ordinaria directa de la empresa, permitan a los contratistas que los asuman (CTA, EST, sindicatos, sociedades mercantiles, *outsourcing* y trabajadores independientes), recibir trato comercial razonablemente rentable, sostenible y competitivo, sin abusar de una posición contratante más fuerte, incumpliendo o retrasando el pago de honorarios o del precio contractualmente acordado o desconociendo las condiciones estipuladas.

En suma, no incurra en la tentación cosificante y perversa que se genera cuando hay abuso de la posición dominante.

Con este propósito evalúe y, si es el caso, promueva, según corresponda:



1

Competencias técnicas



2

Calidad ética



3

Capacidad para cumplir el objeto del contrato y, a la vez, obtener rentabilidad razonable

4

Infraestructura administrativa básica, con competencias contables y organizacionales mínimas



5

Condiciones jurídicas claras y transparentes

d. Con base en lo anterior:

- » Determine cuáles de tales procesos pueden vincularse mediante una CTA, cuáles con EST y, en fin, cuáles mediante otra clase de contratistas independientes (personas naturales y jurídicas), sin incurrir en simulación o aplicación indebida de la respectiva instrucción jurídica.
- » Posteriormente, al vincular un contratista independiente, persona natural o jurídica en cualquiera de las modalidades a que se refiere el capítulo 2º de este tomo II:
 - a. Designe una persona o un área encargada de promover, organizar y hacer mantenimiento a la relación con los contratistas, con el propósito de promover y hacer efectiva autonomía real.
 - b. Verifique cuáles son los medios de producción (herramientas y equipos) con que debe contar el contratista para la prestación del servicio o la ejecución de la obra y cuáles necesariamente, por la naturaleza del objeto del contrato, deberán ser suministrados por la empresa en calidad de contratante, sin que ello afecte su independencia y dejando expresa constancia de esta circunstancia en el contrato respectivo.
 - c. Incluya en el contrato civil o mercantil, de manera precisa, las obligaciones del contratista, sin acudir a estipulaciones indeterminadas como “y las demás que en cualquier tiempo ordenare la contratante”, ya que esta formulación es la típica manifestación de la subordinación laboral propia del contrato de trabajo.

Igualmente, asegúrese de incluir de manera clara las condiciones económicas o precio del contrato, mostrando la razonabilidad de las mismas, explicando las fórmulas por aplicar y demostrando la necesidad de hacer un servicio con calidad para que puedan cumplirse los parámetros de rentabilidad que con un buen servicio se pueden obtener.
 - d. Imparta a sus supervisores y a su personal directivo una capacitación periódica acerca de la forma como deben relacionarse con los trabajadores asociados a cooperativas, los trabajadores en misión, los afiliados partícipes en el caso del contrato sindical y, en general, tanto los trabajadores independientes como los trabajadores del contratista independiente para que efectúen una prudente supervisión técnica y no una subordinación jerárquica abierta e indeterminada que es propia del contrato de trabajo.

Ello, con el fin de que esta clase de manejos cotidianos propios de una laboralidad diaria, especialmente en lo disciplinario, terminen desconfigurando en la realidad la independencia.

Capacite, con este propósito, a directivos y supervisores y personal de similar nivel de liderazgo, en cuanto al contenido del contrato, cuando este así lo ameritare, para que asuman funciones de interventoría y no de "jefes".

Para ello es importante que se designen contractualmente las personas encargadas de velar por el adecuado cumplimiento del objeto del contrato por parte del contratista, así como los procedimientos internos para tramitar las observaciones, reclamos o quejas, especialmente las de orden disciplinario, las cuales deben ser canalizadas a través de las personas de la contratista también designadas para este efecto.

Foto: Colección fotográfica Fedepalma





Reflexión final para continuar el camino

Reflexión final para continuar el camino

Es cierto. Es posible que la perfección que se predica en la teoría fácilmente se tergiversa y desfigura en medio de las variables y los obstáculos que ofrece la práctica.

Sin embargo, si con el pretexto de la compleja realidad nos dejamos llevar por el desestimo y preferimos acomodarnos en lo hechizo, lo simulado, lo aparente o al menos dejamos de intentarlo, esta actitud de acomodamiento o connivencia con el desgreño terminan generando una peligrosa pérdida de sentido que es el virus que ocasiona la grave enfermedad de la corrupción, la cual nos vuelve ciegos e incompetentes para las buenas prácticas.

No perder el norte de lo correcto dentro de la complejidad de la práctica es, por el contrario, el medicamento efectivo para hacer del trabajo una oportunidad de realizarnos y realizar a otros como personas.

Olvidar el sueño de vida buena con y para el otro, aplazar para mañana el cambio hacia lo digno y lo justo, es dilapidar la oportunidad que nos concede la vida, mientras la tengamos para hacer visible una actitud de cuidado con nosotros mismos, con quienes nos rodean y con el entorno.

Podemos elegir el camino bondadoso de la generosidad, el respeto, la humildad, la exigencia justa y prudente, el diálogo, el amor, o dirigirnos ciegamente por el sendero malévolo del egoísmo, la cosificación, la soberbia, el autoritarismo, la mercantilización del otro o el odio.

Por ello la ley, inmersa también en el marco de la humana imperfección, solo procura orientar la libertad por el sendero de lo bondadoso, de lo correcto, pero no es la que elige. Solo orienta la elección.

De nosotros depende, si queremos lograr rentabilidades tangibles e intangibles que sean sostenibles, optar por la buena práctica para hacer que el trabajo se realice en condiciones dignas y justas.

Por esta razón, esta *Guía básica*, estos dos tomos lejos de pretender agotar el tema o constituir un marco único, tiene como aspiración fundamental servir de apoyo orientador que permita a las empresas, en medio de las circunstancias complejas del mercado, en medio de los retos de la globalidad y ante las diferentes exigencias de los tiempos que corren, acometer el desarrollo de la vinculación que genera empleo y bienestar, con elementos que permitan fortalecer las políticas existentes, renovar criterios y crear nuevos modos de actuar en materia de contratación laboral.

No obstante aspiro con este aporte, facilitar y sustentar diseños arquitectónicos de justicia laboral que atenúen riesgos y promuevan seguridades jurídicas y organizacionales, para fortalecer una verdadera materialización de la justicia y de lo correcto que, en el universo de las *buenas prácticas* en materia laboral, significa esencialmente aportar paz cotidiana.

Es indispensable mantener la sana utopía de promover en las relaciones de trabajo, dependientes o independientes, personas que desde su condición de humanidad aportan con su diversidad y sus competencias bienestar en términos de respeto por la dignidad de la persona y rentabilidad y competitividad sostenibles.

Tenemos que seguir soñando que es posible construir cooperación, sustentando con la conciencia de lo correcto y la convicción acerca de la necesidad de respetar el ordenamiento jurídico, la materialización de comunidades empresariales con responsabilidad social que, para sacar adelante su propósito productivo, sinergizan con sustento en lo jurídico sus posibilidades de acción, fomentando una civilidad empresarial sin la cual lo cuantitativo, lo técnico, pierde sentido.

Muy seguramente a partir de este insumo orientador básico se ampliarán, con el aporte de todos, en una sinergia de cooperación constructiva, nuevos y enriquecedores criterios y políticas que, compartidas con el ánimo generoso de dar solidez al sueño de la excelencia empresarial, permitan hacer negocios, hacer empresa, hacer proyectos dinámicos, competitivos, rentables, productivos y altamente humanizados.

La invitación que hacemos es a que nos sintamos motivados para seguir tejiendo historias conjuntas en torno a esfuerzos productivos que apoyen vida laboral desde lo jurídico para alcanzar rentabilidad con altura humana.

¡Esa es la sana utopía de las buenas prácticas!

El término *utopía* suele ofrecer una connotación más bien negativa de algo inalcanzable y por lo que no merece la pena luchar... pero ese mismo término tiene a la vez un contenido –el auténtico- mucho más sustantivo y esperanzador. Es la entraña de futuro, de creatividad transformadora, que alienta nuestras múltiples tareas. Es la carga personal, el proyecto ilusionado que ponemos en todo y que desborda los resultados de nuestro esfuerzo, permaneciendo más allá de ellos. Es “lo inédito viable”, según la hermosa definición del gran educador Paulo Freire...

El horizonte que persigue la utopía es la emancipación del hombre, la realización de su libertad. Es una cierta luz que penetra en una realidad opaca, es autodeterminación y solidaridad para construir un mundo más habitable.¹

¡Este es el reto!

1 Sánchez Torrado, Santiago (1998). *Ciudadanía sin fronteras – Cómo pensar y aplicar una educación en valores*. Bilbao: Desclée De Brouwer, pp. 117 y 118.



Publicación cofinanciada por
Fedepalma-Fondo de Fomento Palmero

Coordinación editorial
Yolanda Moreno Muñoz
Esteban Mantilla

Diseño
Ximena Díaz Ortiz

Diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

Impresión
Javegraf

ISBN: 978-958-8616-78-0

Bogotá, D.C.-Colombia
Mayo de 2016

Federación Nacional de Cultivadores
de Palma de Aceite, Fedepalma

Carrera 10A N° 69A - 44 | PBX: (1) 313 86 00
www.fedepalma.org | Bogotá, D.C., Colombia

